

1

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL CONTRATO DE SEGURO

MIGUEL ANTONIO ROMERO MORENO

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARTAGENA DE INDIAS

2001

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL CONTRATO DE SEGURO

MIGUEL ANTONIO ROMERO MORENO

Monografía para optar el título de Abogado

Asesor

VIRGILIO ESCAMILLA ARRIETA

Abogado

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARTAGENA DE INDIAS

2001

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
 CENTRO DE INFORMACION Y REGISTRO
 FORMA DE SOLICITUD

Compra _____ Donación _____ Canja _____ CX

Precio \$ 10.000 Proveedor Derecho

No. de Acceso 98907 No. _____

Fecha de ingreso: DD 23 MM 01 A 2006

Nota de Aceptación.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

AGRADECIMIENTOS

El autor manifiesta sus agradecimientos:

A **MARTHA BASTO ROMERO**, mi bella mujer, soporte sin el cual no hubiese sido posible adelantar mis estudios de derecho.

A **MIGUEL ALEJANDRO Y NOELIA**, mis hijos, mi razón de ser.

A el Doctor **VIRGILIO ESCAMILLA ARRIETA**, mi asesor de tesis y ante todo mi maestro.

A **KENNY JOANNA**, mi secretaria, por trabajar durante largas horas transcribiendo esta monografía.

A **DELIO MAYA y DAVID SANDOVAL** quienes me apoyaron para hacer posible la materialización de este trabajo.



CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCIÓN	
CAPITULO I.	1
1. EL CONTRATO DE SEGURO	1
1.1. Definición	1
2. PERSONA QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO	2
2.1. El asegurador	2
2.2. El Tomador	3
2.3. El Asegurado	4
2.4. El Beneficiario	6
2.5. Intermediario De Seguros	6
2.6. Ajustadores De Seguros	8
3 ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	10
3.1. La Consensualidad	10
3.2. La Bilateralidad	13
3.3. La Onerosidad	14
3.4. El Alea	14
3.5. De Ejecución Sucesiva	15
3.6. Otros Atributos	16
3.6.1. Contrato De Adhesión	16
3.6.2. Principal	16

3.6.3. De Buena Fe	17
3.6.4. Acto De Comercio	17
4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	17
4.1. Interés Asegurable	18
4.2. El Riesgo Asegurable	20
4.3. La Prima	21
4.4. La Obligación Condicional Del Asegurador	22
5. RAMOS DE SEGUROS	23
5.1. Seguros De Daños	23
5.1.1. Seguros Reales	23
5.1.2. Seguros Patrimoniales	24
5.2. Seguros De Personas	24
6. LA INDEMNIZACION	24
6.1. Valor Asegurado	25
6.2. Valor Asegurable	25
6.3. El Seguro De Valor A Nuevo	26
6.4. El Infraseguro	26
6.5. Supraseguro	27
6.6. Deducible Y Franquicia	28
6.6.1. Deducible	28
6.6.2. Franquicia	28
7. COEXISTENCIA DE SEGUROS	28
7.1. Coaseguro	29

8	ANTECEDENTES DEL CONTRATO	29
8.1.	La Oferta	30
8.2.	La Solicitud De Seguro	30
8.3.	El Informe De Inspección En Los Seguros De Daños	30
8.4	La Declaración De Asegurabilidad En Los Seguros De Personas.	31
9.	CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA POLIZA	31
9.1.	Clasificación De Las Pólizas	32
9.1.1.	Póliza Especifica	32
9.1.2.	Póliza Colectiva	32
9.1.3.	Póliza De Grupo	33
9.1.4.	Póliza Flotante	33
9.1.5.	Póliza Automática	33
9.1.6.	Póliza De Seguros Múltiple	34
10.	ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO DE SEGURO	34
10.1.	La Prueba Del Contrato De Seguro	34
10.2.	La Reclamación	36
10.3.	La Objeción	36
10.4.	Los Procesos	38
10.4.1.	La Acción Ejecutiva	38
10.4.2.	La Acción Ordinaria	39
10.5.	La Prescripción	39
10.6.	El Llamamiento En Garantía	40
10.7.	Subrogación	42

CAPITULO II.	45
1. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	45
1.1. Concepto De Responsabilidad Civil	45
1.2. Definición	45
2. Evolución De La Responsabilidad Civil	46
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES	49
4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD VIVIL	49
4.1. Fundamento Material De La Responsabilidad Civil.	49
4.2. Fundamento Jurídico De La Responsabilidad Civil.	50
5. RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL	50
6. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	51
6.1. Elementos De La Responsabilidad Civil Contractual	52
6.1.2. Teoría Del Riesgo	53
6.1.3. La Conducta	53
6.1.4. La Culpa	54
6.1.5. Grados De Culpa	54
6.2. El Daño	55
6.2.1. Clases De Daño	56
6.2.2. Daño Material	56
6.2.3. Daño Moral	57
6.2.4. Daño Emergente	57

6.2.5.	Lucro Cesante	58
6.2.6.	Daño Actual	58
6.2.7.	Daño Futuro	58
6.2.8.	Daño Directo Y Daño Indirecto	58
6.2.9.	Daño Fisiológico	59
6.2.10.	Daño Contractual	60
6.2.11.	Daño Extracontractual	60
6.2.12.	Requisitos Del Daño	60
6.2.12.1.	Propiedad Del Daño	61
6.2.12.2.	Certeza Del Daño	61
6.2.12.3.	Subsistencia Del Daño	61
6.2.12.4.	Valorable	61
6.3.	El Nexo Causal	62
6.3.1.	Prueba Del Nexo Causal	63
7.	REQUISITOS PARA QUE HAYA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	63
7.1.	El Contrato Debe Ser Valido	63
7.2.	Que Haya Un Daño Derivado De La Inejecución Del Contrato.	65
7.3.	Que El Daño Haya Sido Causado Por El Deudor Al Acreedor	65
8.	RESPOSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	67
8.1.	Responsabilidad Civil Extracontractual Por El Hecho Propio O Directa	67
8.2.	Responsabilidad Por El Hecho Ajeno O Indirecta	69

8.3.	Responsabilidad Civil Por El Hecho De Las Cosas	70
8.4.	Responsabilidad Por Actividades Peligrosas O Responsabilidad Objetiva.	72
9.	MEDIOS DE DEFENSA DEL CAUSANTE DEL DAÑO	74
9.1.	Causa Extraña	74
9.1.2.	El Hecho De La Victima	76
9.1.3.	Caso Fortuito O Fuerza Mayor	77
9.1.4.	El Hecho De Un Tercero	77
9.2.	Ausencia De Responsabilidad	78
9.3.	La Solidaridad En La Responsabilidad Civil	78
 CAPITULO III.		 80
1.	SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	80
1.1.	Regulación Legal	80
1.2.	Definición	81
2.	EVOLUCION	81
3.	ASPECTOS CONCEPTUALES	82
3.1.	El Seguro De Responsabilidad Civil Como Seguro De Daños	83
3.2.	El Seguro De Responsabilidad Civil Como Seguro De Pasivo O De Deudas	84
3.3.	El Seguro De Responsabilidad Civil Como Seguro De Defensa Jurídica	84

4.	LA ACCIÓN DIRECTA	85
5.	PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	88
6.	ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	88
7.	ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	
8.	LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	90
8.1.	Teoría Del Hecho Dañoso O De La Ocurrencia	90
8.2.	Teoría Del Daño	90
8.3.	Teoría De La Cuantificación O Liquidación Del Daño	91
8.4.	Teoría Del Reclamo	91
8.5.	Teoría Del Pago	92
8.6.	Teoría De La Sentencia Ejecutoriada	93
8.7.	Teoría Del Hecho Complejo	93
9.	CLÁUSULAS CLAIMS MADE	95
9.1.	Surgimiento De Las Cláusulas Claims Made	95
9.2.	Análisis De Las Cláusulas Claims Made	97
9.3.	Validez De Las Cláusulas Claims Made	100
9.4.	Modalidades De Las Cláusula Claims Made	101
10.	SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	102
10.1.	Seguros De Cumplimientos	102
10.2.	Seguros De Manejo	104
10.3.	Seguros De Responsabilidad Civil Profesional	104

10.3.1.	Seguros De Responsabilidad Civil Medica	
	Y Hospitalaria	104
11.	SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	
12.	DE PRODUCTOS	108
12.	SEGUROS OBLIGATORIOS	110

INTRODUCCIÓN

Aprovechando la experiencia laboral que poseo como Intermediario de Seguros desde hace doce años, quise realizar la presente monografía sobre un tema bastante complejo, apasionante y además relevante desde el punto de vista académico, como es el de RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL CONTRATO DE SEGURO y para ello fue necesario pasear por todo el Contrato de Seguro, partiendo de su historia misma, pasando por la Teoría de la Responsabilidad Civil hasta llegar a Los Seguros de Responsabilidad Civil

Los primeros vestigios de lo que hoy el Contrato de Seguro se encuentran en el Código de HAMMURABI, al contemplarse que en caso de actos de pillaje por parte de los salteadores de caminos, esas pérdidas serían sufragadas por el tesoro público. Al avanzar la actividad naviera y a la par de ésta, la comercial, las personas que de alguna manera intervenían en ellas, muchas veces tenían grandes pérdidas por la acción de la naturaleza o por la acción de los piratas, y es así como surge lo que más se parece a un contrato de seguro; cuando esas personas deciden entre ellos mismos asegurarse, primero lo hicieron con las vidas de los hombres de mar, y al ver los buenos resultados, esa práctica se extendió a las naves y a las mercancías; pero fue necesario que transcurriera mucho tiempo y con él, alcanzar la experiencia necesaria para llegar a lo que se conoce como la actividad o industria aseguradora.

Esta actividad a la par de otras como la bancaria por ejemplo, ha coadyuvado al desarrollo de la sociedad, por lo que siempre ha servido de respaldo a todas aquellas operaciones económicas en las que, por su quehacer, está presente un riesgo. Ese riesgo es asumido por el asegurador quien de manera científica lo administra, permitiéndole al empresario desempeñarse más productivamente en la generación de bienes y servicios y a su vez, por aquello de la teoría de los grandes números, el asegurador también recibe beneficios económicos.

La industria aseguradora, no sólo asume riesgos mediante el pago de un precio o prima, sino que a ese dinero que se capta por tal concepto, se le da un manejo financiero, realizando inversiones en otros sectores productivos, promoviendo así el crecimiento económico; en algunos países, especialmente en los industrializados, la industria aseguradora incide notarialmente en el P.I.B. hasta en un 8%; en Colombia la incidencia es de un 2.3% lo que significa que se puede crecer mucho en ese sector.

Dada la importancia que desempeña el sector asegurador en la vida de la sociedad, se creyó relevante adelantar la presente monografía en donde se abordará en el capítulo I el Contrato de Seguro, pero por ser uno de los más regulados por el Código de Comercio, se tratarán los tópicos de mayor injerencia jurídica, como son los elementos del contrato, las personas que intervienen en la actividad, los ramos de seguros, la indemnización y por último los aspectos procesales del tal contrato.

Como el objetivo de este trabajo es el seguro de Responsabilidad Civil, se creyó necesario hacer una disertación sencilla y clara de la teoría de la responsabilidad civil, tocando temas como la responsabilidad civil como fuente de obligaciones, fundamento de la responsabilidad civil, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual, elementos de la responsabilidad civil, una vez visto los capítulos anteriores, se entra al estudio de los seguros de responsabilidad civil, que es el tema principal de esta investigación y se tratarán tópicos como las generalidades del contrato, el siniestro en los seguros de responsabilidad civil, las cláusulas Claims Made, seguros de responsabilidad civil contractual y seguros responsabilidad civil extracontractual y finalmente se harán las conclusiones pertinentes.

CAPITULO I

1.- EL CONTRATO DE SEGUROS

Es el Contrato de Seguro el más regulado dentro del Título IV del Código de Comercio, lo cual no permite que en un espacio corto como el de esta investigación, se realice un análisis detallado de cada una de las normas, sino que se hace por tópicos, siendo de esta forma más versátil el abordaje y permite mayor brevedad.

Es así como se estudiarán temas que son de muy frecuente aplicación en la práctica y otros que por su dificultad de interpretación han generado toda una polémica, por demás enriquecedora.

1.1.- DEFINICION.

La Ley no define el Contrato de Seguro, pero el artículo 1036 del Código de Comercio señala sus atributos de la siguiente manera: *"El Seguro es un Contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva"*.

Sin embargo el maestro JOSEPH HEMARD, ha dado la definición que ha tenido más acogida por los doctrinantes en el concierto mundial, cual es *"El Contrato de Seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer*

mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización, de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística".¹

2. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO.

2.1. EL ASEGURADOR.

La actividad aseguradora en Colombia se encuentra regida tanto por normas de Derecho Público como por normas de Derecho Privado, y en ambos ordenamientos Jurídicos está establecido claramente que la actividad de ASEGURADOR debe ser ejercida por una persona jurídica, ya sea una sociedad anónima o una persona jurídica del sector solidario.

Refiriéndose a normas de Derecho Público que establecen lo anterior, se puede mencionar la Ley 45 de 1990 y el Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En tratándose de normas de Derechos Privados, el artículo 1037 del Código de Comercio en su Numeral 1 establece "El Asegurador, o sea la persona Jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para con ello con arreglo a las leyes y reglamentos".

¹ HERMAN, Joseph. Citado por OSSA GOMEZ, Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis. Bogotá. 1991

2.2. EL TOMADOR.

El numeral 2 del artículo 1037 del Código de Comercio establece "*El Tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos*".

La Ley no le exige cualificación especial; lo que significa que puede ser cualquier sujeto de derecho e incluso, puede ser un patrimonio autónomo, por ejemplo, la masa de bienes del ausente, un patrimonio sometido a fiducia o la masa de bienes de una sucesión.

Como la Ley establece que el Tomador es la persona que, "*obrando por cuenta propia*", y esto es en la praxis es lo más usual, este (el tomador) coincide con ser a la vez el asegurado y en muchas oportunidades, por no decir, las más de las veces, también es el beneficiario, esto último en tratándose de seguros de daños.

El tomador puede actuar por cuenta de un Tercero, por ejemplo, en los seguros de vida, en este caso el "Tomador" suele ser el titular del interés asegurable, esto en los seguros de vida de deudores o que el asegurado sea alimentante del Tomador; siendo entonces, el Tomador es una persona diferente del asegurado.

Otra figura jurídica es la del Tomador Provisional. En este caso, el Tomador puede estipular el seguro en nombre de un Tercero sin poder para representarlo, (art. 1038 C. Co.), quedando el contrato de seguro sujeto a la posterior ratificación por parte del asegurado, esta ratificación puede ser antes o después de sucedido el siniestro, pero en todo caso mientras no se dé la ratificación, el Tomador Provisional sigue siendo la contraparte en el contrato de seguro y como tal le

competente cumplir con las obligaciones propias del tomador, siendo una de ellas, la del pago de la prima. Una vez ratificado el contrato de seguro por el Tercero, este pasa a ser el Tomador y por lo tanto asume las obligaciones propias de la contraparte, es decir, del Tomador.

Cabe anotar que de las personas que intervienen en el contrato de seguro, el asegurador y el tomador son las denominadas partes del contrato.

2.3. EL ASEGURADO

El asegurado está mencionado en la Ley como interviniente en el contrato de Seguro, pero no es considerado como parte, pero al abordarlo es necesario distinguir si se refiere a los seguros de Daños o los seguros de personas. En los Seguros de Daños, el asegurado es la persona Titular del interés asegurable, o sea, aquella cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de riesgos (art. 1038 del Código de Comercio), es el sujeto pasivo del daño, es el tercero a quien corresponde la prestación asegurada en el seguro por cuenta de un tercero (art. 1039 del Código de Comercio).

También puede darse el caso del asegurado sobreviviente, es decir, cuando el titular del interés asegurable puede perder la calidad de tal durante la vigencia del contrato de seguro, no obstante ser la póliza usualmente nominativa (art. 1051 del Código de Comercio), el titular del interés asegurado puede enajenar su derecho y

con el consentimiento expreso del asegurador haga cesión también del Contrato de Seguro.

Se dijo que generalmente la póliza es nominativa, pero puede ser a la orden, aunque esto no es usual, en este caso, una vez enajenada la cosa asegurada, sobre la cual se halla radicada el interés objetivo del contrato, el seguro puede cederse por simple endoso al adquirente de aquella. (art. 1051 del Código de Comercio),

El Certificado de Seguro de transporte excepcionalmente puede ser al portador, y en tal caso, con la enajenación de la mercancía asegurada y al entregarle al adquirente el Certificado del Seguro, adquiere el nuevo poseedor o propietario la calidad de asegurado (art. 1124 del Código de Comercio), lo anterior es con el fin de facilitar la circulación de las mercancías objeto del contrato de Transporte.

En los Seguros de Personas, por regla general, el asegurado es la persona misma sobre cuya vida, sobre cuya integridad personal o sobre su capacidad o salud se celebra el contrato de seguro. En la mayoría de los casos, el asegurado es la vez el mismo Tomador (art. 1050 del Código de Comercio).

2.4. EL BENEFICIARIO.

El beneficiario es la persona natural o jurídica a quien de acuerdo a lo pactado en el contrato o por Ley debe pagársele la indemnización. En los seguros de daños, generalmente, el beneficiario suele ser a la vez el mismo tomador y asegurado.

En los Seguros de Personas, en tratándose de Seguros de Vida, por razones de sentido común, no puede el beneficiario a la vez ser el mismo asegurado, lo que sí puede ser posible en los seguros de accidentes personales y de salud.

Antes se dejó dicho que el beneficiario nace del contrato o de la Ley, a continuación se analiza detalladamente. El beneficiario contractual tiene su origen en la estipulación hecha en el contrato, es decir, el tomador, de manera expresa determina al beneficiario, y esto es exigencia de la Póliza, tal como o regula el artículo. 1047 del Código de Comercio en el No. 3.

2.5. INTERMEDIARIOS DE SEGUROS.

En la intermediación de seguros intervienen diferentes modalidades de intermediarios, a saber: agentes dependientes, agentes independientes, agencias de seguros y corredores de seguros. Su regulación se encuentra en normas al Derecho Público, de Derecho Privado y de Derecho Laboral, y así como éste último estatuto en su TITULO III, capítulo II dice:

2.6. AJUSTADORES DE SEGUROS.

Los Ajustadores de Seguros son las personas que, por mandato, se encargan de la cuantificación de las pérdidas producidas por el siniestro y a las que también se les encomienda emitir conceptos en cuanto a las posibles causas del hecho generador de las pérdidas.

Hasta ahora, todas las personas que intervienen en el contrato de seguros se encuentran mencionadas por la ley, no es así con el Ajustador de Seguros, no obstante dada la importancia dentro de la actividad aseguradora por la relevancia de su gestión al momento de llegar a cuantificar la pérdida producida por un siniestro y sus posibles causas.

La misma dinámica que le ha impregnado movimiento y evolución a la actividad aseguradora, ha hecho que los ajustadores de seguros sean cada día más idóneos, más profesionales estando acorde con la tecnología y ciencia actual.

La ley no dice nada de los ajustadores de seguros, pero sí del mandato, y la gestión realizada por los ajustadores de seguros no es más que un mandato donde el mandante bien puede ser el asegurador o el mismo asegurado, quien en últimas es quien debe demostrar la existencia del siniestro y su cuantía; y el ajustador es el mandatario, aunque algunos doctrinantes opinan de otra manera, al respecto el ilustre tratadista **HERNAN FAVIO LOPEZ BLANCO** dice *"El ajustador, que designa la empresa aseguradora y ella misma retribuye, actúa normalmente en estrecha colaboración con el asegurado o beneficiario, aunque se*

cuida muy bien de no comprometer a la aseguradora pues siempre pone de presente que su trabajo constituye apenas una guía, una ayuda para que la aseguradora pueda tomar una decisión final frente a una reclamación, pero trata de lograr una posición definitiva por parte del asegurado o beneficiario buscando que si este acepta el monto de la pérdida firme una solicitud de indemnización que en la práctica lo obliga a él pero deja al arbitrio de la aseguradora aceptarla o no (se denomina convenio de ajuste).

Todos estos aspectos han llevado a afirmar apresuradamente que el ajustador es un mandatario de la compañía; en verdad, no creemos que lo sea pues su conducta es más la de un experto que la de un mandatario, sin que desvirtúe la esencia de su misión el hecho de que, en ocasiones, solicite la firma del denominado convenio de ajuste, que no es otra cosa que una anticipada aceptación de su peritaje por parte del asegurado o beneficiario, si a bien lo tiene, pues es obvio que este tampoco está obligado a aceptar lo expuesto y concluido por el ajustador, es más si lo estima pertinente puede no aceptar la intervención del mismo y representar directamente la reclamación sin su concurso.

Sin embargo, no puede confundirse esta actividad con la del mandato si se toma en cuenta que los ajustadores siempre clarifican que no representan a la aseguradora y que sus informes no la obliga; que constituyen solo un auxiliar para las partes a fin de establecer con adecuado personal técnico el monto del siniestro y las circunstancias en que ocurrió, para que el asegurador, formándose así mejor juicio, pueda tomar la decisión de pagar la reclamación²

3. ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

3.1. LA CONSENSUALIDAD.

Antes de entrar en vigencia la Ley 389 /1997, enero 24 de 1998, el art. 1036 del Código de Comercio decía:

"El seguro es un Contrato Solemne, Bilateral, Oneroso, Aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la Póliza"

A partir de la fecha precitada, la norma antes mencionada dice: *"El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva."*

Se notan dos hechos, que de solemne pasó a consensual y que desapareció el 2º- inciso, esto por motivos que entraremos a analizar más adelante.

Desde el seno mismo de las comisiones redactoras del decreto 410 de 1971, mejor conocido como el actual Código de Comercio, se dieron posiciones encontradas, algunas ya defendían la consensualidad del Contrato de Seguros, otros defendían la Solemnidad, siendo esta última la posición que prevaleció, aún en contravía de la dinámica que ya se daba en aquel entonces en la práctica

² LOPEZ BLANCO, Hernan F. El Contrato de Seguros. Tercera Edición. Editorial Dufré. Bogotá. 1999.

Mercantil. Razón que motivó que algunos países latinoamericanos (por ejemplo, Bolívar, México y Argentina), desde mucho tiempo antes de 1971, modificaran sus legislaciones al carácter consensual de tal Contrato.

Quienes defendieron la solemnidad argumentaban en el seno de la comisión, que tal carácter le imprimía Seguridad Jurídica a la actividad aseguradora ya que se podía probar sin duda alguna, la existencia de Contrato en caso de reclamación o de cualquier otra acción emanada de la relación contractual.

La Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, defensora de la solemnidad le comunicó, en aquel momento, a la comisión redactora la siguiente opinión:

"Ciertamente, en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio donde se define el contrato como consensual, se anota que se justifica darle el carácter de consensual al contrato de seguro puesto que: " si ha habido acuerdo en cuanto a sus elementos esenciales (el interés, el riesgo y la prima), no se ve por qué ese acuerdo no pueda tener vida jurídica. Así se consulta movilidad que requieren todas la operaciones comerciales. Así se da carta de ciudadanía legal a la practica de todas las compañías de seguros. Así se esta más a tono con las modernas legislaciones. Así se tutela mejor a los propios aseguradores cuando actúan ya no como sujetos activos, sino como sujetos pasivos del contrato de seguros. Es decir, en el contrato de reaseguro".

"Si los elementos esenciales del contrato de seguro (el asegurador, el asegurado, el beneficiario, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional de asegurador), así como la identificación precisa del interés o de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se ha contratado el seguro, la vigencia del contrato con indicación de fechas y horas de iniciación y vencimientos o el modo de determinar una y otra, la naturaleza de los riesgos tomados por el asegurador, deben ser demostrados por medio de pruebas escritas emanadas de la parte obligada o de confesión judicial, en realidad se le está dando al contrato un carácter semiconsensual, o mejor, semisolemne y se está poniendo a las compañías aseguradoras en la obligación de tener que expedir prácticamente dos pólizas: la formal y la que pudiéramos llamar informal, consistente en la carta de que habla el artículo 876 del proyecto.

Mucho más práctico nos parece el sistema del actual Código que hace al contrato solemne y determina que el ajuste verbal del seguro constituye una promesa de contrato".

En fin, se dieron diferentes argumentos defendiendo la solemnidad, que en últimas, el motivo principal debió ser la tendencia de no atreverse a dar un paso adelante si donde estamos nos encontramos bien y como vimos, desde el siglo XIX la consensualidad imperaba como carácter del citado contrato.

Sólo 26 años después fue cuando vino imponerse la consensualidad y ello debido a muchas circunstancias, como son la agilidad necesaria en los negocios mercantiles, más acorde con la autonomía de la voluntad y con el principio de la buena fe, principio éste presente en todos los contratos, pero que en el de Seguros reviste mayor importancia. Otro motivo que se tuvo presente fue el poner fin a la situación que se presentaba cuando una vez cumplidas todas las etapas precontractuales por las partes, como la de diligenciar en debida forma la respectiva solicitud de Contrato de Seguros por parte del Tomador, realizada la respectiva inspección por parte del asegurado y pagada la prima por el tomador, aquel no expedía con prontitud la póliza o lo hacía hasta dos meses después, pero con la fecha de la solicitud y no habiendo siniestro devengaba la respectiva prima sin haber estado asegurada la cosa objeto del Seguro. Pero si se presentaba en ese interregno el siniestro, y el asegurado-beneficiario presentaba en debida forma la reclamación, esta era objetada alegando la no existencia del contrato, por no haber póliza expedida ya que se trataba de un Contrato Solemne; había un desequilibrio en la ecuación asegurado—asegurador, esto fue lo que se quiso corregir con la consensualidad establecida en artículo. 1º- de la Ley 389 de 1997 del Código de Comercio.

3.2. LA BILATERALIDAD.

El contrato de seguro es sinalagmático o bilateral porque las partes se obligan reciprocamente y el Código Civil Colombiano así lo establece en su artículo 1496 cuando dice "*Contrato Unilateral y bilateral. El contrato es unilateral cuando una de*

las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes adquirieren obligaciones recíprocamente".

3.3. LA ONEROSIDAD.

El artículo 1497 del Código Civil dice "*y Oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio de otro*" y como en el contrato de seguro las partes se gravan una en favor de la otra así: El Tomador debe pagar la Prima, beneficiando de ésta manera al Asegurador, el cual en caso de ocurrir el siniestro se grava en favor del primero; pero en el caso de no acontecer tal hecho la sola asunción del riesgo por parte del asegurador es un beneficio en favor del Asegurado; por lo tanto se puede predicar con seguridad el carácter oneroso del Contrato de Seguro.

3.4. EL ALEA

Refiriéndonos nuevamente el Código Civil Colombiano, éste dice en su art. 1498 "*y sí el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*".

Como ya se vio, el artículo 1036 del Código de Comercio establece que el contrato de seguro en Colombia es aleatorio, sin embargo, en torno a este tópico se han dado discusiones en la doctrina tanto nacional como en la extranjera. alegando que con la ley de los grandes números, las aseguradoras siempre obtienen

utilidades y por lo tanto deja de ser aleatorio; en cambio otros sostienen que una cosa es la actividad comercial de las aseguradoras (que por la teoría de los grandes números no pierden en el ejercicio) y otra cosa es la relación frente a cada negocio en particular, donde existe la incertidumbre del acaecimiento del siniestro; esta posición es la apoyada por la mayoría de los doctrinantes, destacándose la del ilustre profesor **JUAN CARLOS MORANDI**, quien al respecto dice. *"que esta incertidumbre es la que le da carácter aleatorio a la relación de seguro, no siendo significativo para negarle tal carácter la función antialeatoria que ejerce la empresa aseguradora, al eliminar las consecuencias económicamente desfavorables de los riesgos, mediante la reunión de aseguradores"*, concluye el mismo autor *"una cosa es la seguridad de la industria aseguradora y otra muy distinta el alea del contrato individual"*³.

3.5. DE EJECUCIÓN SUCESIVA.

Con el perfeccionamiento del Contrato Seguro se inicia la carga de las obligaciones para las partes; así el tomador además de pagar la prima en la fecha convenida, está también obligado a mantener el riesgo en las condiciones iniciales y en caso de cambiar tales condiciones debe informar al asegurador en los términos que le indica el artículo 1060 del Código de Comercio.

³ MORANDI, Juan Carlos. Estudios de Derecho de Seguros. Editorial Pannmedille, Buenos Aires, 1980.

3.6. OTROS ATRIBUTOS

El articulo 1036 del Código de Comercio sólo menciona los atributos tratados antes: Pero, el contrato de seguro posee otros atributos que veremos someramente, no por carecer de importancia sino por la brevedad necesaria para este tipo de investigaciones, estos atributos son:

3.6.1. CONTRATO DE ADHESIÓN.

Cuando una aseguradora realiza los estudios técnicos para ofrecer un seguro, por ley es necesario que antes de ofrecerlo al público registre tanto el estudio actuarial como el clausulado del contrato ante la Superintendencia Bancaria; por lo tanto, cuando un posible tomador desea asegurarse con ese tipo de seguro antes mencionado, debe acogerse a las condiciones preestablecidas por la aseguradora, por lo tanto se puede predicar el carácter de Contrato de adhesión al contrato objeto de este estudio.

3.6.2. PRINCIPAL.

El Contrato de Seguro para su celebración no está sujeto a la preexistencia de otro contrato anterior, es decir tiene vida propia e independiente de cualquier otro contrato.

3.6.3. DE BUENA FE.

Todo los contrato están sometidos al principio de la buena fe, pero en el contrato de seguro es donde este principio debe ser más ostensible, algunos tratadistas dicen que debe ser de "uberrisima buena fe".

3.6.4. ACTO DE COMERCIO.

El Contrato de Seguro es un contrato mercantil y por ello que se encuentra regulado por el Código de Comercio y no por el Código Civil.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.

El artículo 1045 del Código de Comercio dice: "*Son elementos esenciales del contrato de seguro:*

4. *El interés asegurable;*
4. *El riesgo asegurable;*
4. *La prima o precio del seguro, y*
4. *La obligación condicional del asegurador.*

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguros no producirá efecto alguno".

A continuación estudiaremos cada uno de estos elementos.

4.1. INTERES ASEGURABLE.

Para estudiar el interés asegurable es preciso tener en cuenta si se trata de contratos de Seguros de Daños o de Seguros de Personas.

En tratándose de los primeros tenemos que, una persona tiene interés asegurable en el objeto que asegura siempre que pueda sufrir una pérdida directa e inmediata por la destrucción o el deterioro del mismo; al respecto el artículo 1083 de Código de Comercio dice *"Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo."*

Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero".

En los Seguros de Daños el interés asegurable es considerado según se trate de: **Seguros Reales**, en este caso, el objeto del interés asegurable es la cosa misma susceptible de pérdida por el siniestro, cualquiera sea la calidad en que se tenga el bien; ya que puede ser, el propietario, el usufructuario, el acreedor hipotecario, el acreedor prendario, el comunero, el vendedor con reserva de dominio, el arrendatario, el depositario o transportador.

Seguros Patrimoniales, el interés asegurable es el patrimonio de la persona que puede verse disminuido por el acaecimiento del siniestro. En este caso se entra a considerar las pérdidas causadas por el incumplimiento de contratos, responsabilidad civil extracontractual y lucro cesante.

Respecto de los seguros de persona, el artículo 1137 del Código de Comercio establece lo siguiente: "Toda persona tiene interés asegurable:

1. En su propia vida;
2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y
3. En la de aquella cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representante legales.

Al hacer un análisis de la precitada norma se puede concluir que toda persona tiene interés en la preservación de su propia vida y bien puede suscribir el seguro a beneficio de otras personas en caso de muerte o en su propio beneficio, esto en los casos de desmembración, invalidez, enfermedad o accidentes.

El numeral segundo de la misma norma dice que se tiene interés asegurable en la vida de quienes legalmente se pueda reclamar alimentos y para establecer

quienes son esas persona es necesario acudir a lo regulado en el art. 411 del Código Civil.

Continuando con el análisis del artículo 1137 del Código de Comercio, éste en su numeral tercero dice que igualmente se tiene interés asegurable en la vida de aquellas personas cuya muerte o incapacidad puedan causarle un perjuicio económico; de lo que se puede inferir que se tiene interés asegurable en el Deudor ya que éste al morir y no dejar bienes, puede causar menoscabo al patrimonio del acreedor; también se tiene interés asegurable sobre la vida del socio industrial en una sociedad de personas, ya que su fallecimiento origina un perjuicio patrimonial a la sociedad.

4.2 EL RIESGO ASEGURABLE.

El artículo 1054 del Código de Comercio define de manera clara y precisa lo que es el riesgo asegurable por lo que se entra a hacer un análisis de la norma.

a). El Riesgo debe ser incierto; por lo tanto debe tratarse de un hecho hacia el futuro, y también debe ser posible, los riesgos imposibles no se aseguran, tampoco los riesgos ciertos. No obstante, ser un hecho cierto la muerte, si se asegura, pero por ser incierto el momento en que sucederá.

b). No debe depender del Tomador asegurado o del beneficiario. De lo que se puede inferir que el hecho debe tratarse de causa extraña, pero esto último no es

absoluto, ya que se puede asegurar, la culpa levisima y la leve, debido a que el art. 1055 del Código de Comercio sólo prohíbe asegurar el dolo y la culpa grave. Pero en material de Seguros de Responsabilidad Civil es asegurable la culpa grave, de esa manera lo establece el artículo 1127 en su inciso final.

Los riesgos se puede ser clasificado como **personales**; aquellos que amenazan la integridad física de la persona o menoscaban su capacidad de trabajo, **reales**; aquellos que afectan las cosas corporales y por último, **patrimoniales**; aquellos que afectan el patrimonio, estos último será tratado con más detenimiento cuando sea abordado dentro del estudio de los Seguros de Responsabilidad Civil.

4.3. LA PRIMA

La Prima en el contrato de seguro es el precio que el Tomador debe pagar al Asegurador; es decir, es el precio del seguro. Es por ello que se trata de un elemento esencial del contrato en estudio.

El Código de Comercio regula lo concerniente a la prima en los artículos 1066 (término para el pago); 1067 (lugar para efectuar el pago); 1068 (regulación de la mora), 1069 (prima fraccionada) y 1070 (prima devengada).

4.4. OBLIGACIÓN CONDICIONAL DEL ASEGURADOR.

Al perfeccionarse el contrato, el asegurador contrae la obligación, que lo grava durante toda vigencia pactada: brindarle protección al asegurado, es decir, garantizarle la compensación o reparación económica de los daños sufridos a consecuencia del evento denominado siniestro. Esta obligación es condicional porque su efectividad depende del acaecimiento de un suceso futuro e incierto, el riesgo (incendio, robo, muerte, accidente, etc.), mas no implica que el contrato de seguro también tenga la misma calidad.

Al concretarse la obligación condicional del asegurador por la ocurrencia del siniestro, éste deberá resarcir al asegurado o beneficiario los daños ocasionados por tal hecho. Este resarcimiento, que no es más que la indemnización, es decir, la colocación del asegurado en el estado anterior a la ocurrencia del siniestro, puede cumplirse, en los seguros de bienes, de múltiples maneras, según lo acordado por las partes; puede simplemente ajustarse en dinero el precio de las cosas perdidas o deterioradas, caso en el cual el asegurador cumple su obligación entregando el dinero al asegurado o beneficiario; pueden también reponerse los objetos perdidos o deteriorados, bien reparándolos, bien sustituyéndolos por otros de similares característica; puede, por último, el asegurador comprometerse a prestar un servicio especial al asegurado o beneficiario, tal como el de asistirlo y asesorarlo en el juicio de responsabilidad civil, que se le entable.

5. RAMOS DE SEGUROS

El artículo 1082 establece que los seguros podrán ser de daños y de personas.

Los primeros se subdividen en Reales y Patrimoniales.

5.1. SEGUROS DE DAÑOS

El Código de Comercio en los artículos 1083 hasta el 1112 regula lo relacionado con los seguros de daños.

Los seguros de daños protegen contra los riesgos en el patrimonio de las persona y como lo establece el artículo 1082 se subdividen en seguros Reales y Patrimoniales.

5.1.1. SEGUROS REALES:

O seguros de cosas concretas, son los que versan sobre cosas muebles e inmuebles, determinados o determinables, amenazados en su integridad física o en la integridad jurídica de los derechos radicados en ellos; ejemplos, seguros de incendio, de hurto o sustracción.

5.1.2. SEGUROS PATRIMONIALES:

Estos protegen la integridad del patrimonio económico con el detrimento eventual que pueda afectarles. Ej. Seguro de Lucro Cesante, Seguros de Responsabilidad Civil, Seguros de Cumplimiento.

5.2. SEGUROS DE PERSONAS

Los seguros de personas garantizan el pago de una suma de dinero cuando se produce un hecho que afecta la existencia, la integridad física o la salud del asegurado, el prototipo de este seguro es el de vida; mediante el cual al morir el asegurado, los beneficiarios reciben la suma pactada en el Contrato.

Los seguros que protegen la integridad física (entre estos está el de accidentes personales, que ampara en caso de muerte accidental), también protegen en caso de gastos médicos, hospitalización, incapacidad temporal, total y permanente.

Los seguros de salud cubren o protegen de los gastos producidos por una eventual enfermedad o accidente, con o sin hospitalización y con o sin cirugía.

6. LA INDEMNIZACIÓN

Los seguros de Daños tienen un carácter meramente indemnizatorio, es decir, no pueden ser fuente de enriquecimiento, como de manera imperativa lo señalan los artículos 1079, 1084, 1088 y 1089 del Código de Comercio.

El carácter de indemnizatorio lo expone el maestro **EFREN OSSA GOMEZ** (q.e.p.d.), Cuando dice: *"Los seguros de daños se conciben con un solo objetivo: la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurable e indemnizarlo en el sentido amplio de este vocablo, mas no en su acepción estrictamente jurídica"*.

Para tener una mejor comprensión del tema de la indemnización es necesario tratar sobre algunos tópicos del contrato de seguro, lo que se hará a continuación.

6.1. VALOR ASEGURADO

El numeral siete (7) del artículo 1047, al establecer el contrato de la Póliza, preceptúa: "la suma asegurada o el modo de precizarla ". Esta suma asegurada o valor asegurado corresponde a las partes, es decir, Tomador y Asegurador establecerla en el momento del celebrar el contrato de seguro.

6.2. VALOR ASEGUABLE

Se entiende por valor asegurable el que realmente tiene la cosa asegurada al momento de producirse el siniestro.

La suma asegurada, que ya se vio en el acápite anterior, debe tener una íntima relación con el valor asegurable, debe ser una relación de equivalencia, con el fin de que el seguro cumpla su función indemnizatoria; en otras palabras, lo ideal es que la suma asegurada o valor asegurado pactado, al momento del siniestro, deben ser igual al valor asegurable.

6.3. EL SEGURO DE VALOR A NUEVO.

El artículo 1090 del Código de Comercio, establece que las partes pueden acordar, al momento de celebrar el contrato que una vez sucedido el siniestro, el asegurador reemplace el bien objeto del contrato, por uno nuevo, de iguales características haciendo caso omiso al demérito por uso. Dado este caso no se puede predicar que haya enriquecimiento por parte del asegurado o beneficiario.

6.4. EL INFRASEGURO

El infraseguro supone un déficit de la suma asegurada frente al valor asegurado. Este infraseguro puede ser deliberadamente, cuando equivocadamente, el Tomador asegura el bien por una suma inferior a su valor real, buscando con ello, que la prima le cueste menos. En este caso se le liquida la indemnización proporcionalmente, es decir, que si la suma asegurada es igual al 60% del valor asegurable, en esa misma proporción se le hará la indemnización, pero teniendo en cuenta el monto de la pérdida en caso de que sea parcial.

⁴ OSSA G., Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1998

Cuando se trata de un infraseguro voluntario, como cuando es impuesto por el asegurado; esto es sólo se le asegura el 70% del bien y el Tomador asume el 30% restante , en caso de siniestro se le indemniza por el 100% del 70% asegurado. En casos como este se hablaría ya de un cooseguro.

6.5. EL SUPRASEGURO

El supraseguro o sobreseguro se da cuando la suma asegurada o valor asegurado es superior al valor asegurable o valor real del bien asegurable.

El artículo 1091, establece que dado el supraseguro, se produce la nulidad del contrato, con la retención de la prima a manera de pena. Es necesario distinguir entre supraseguro doloso y el supraseguro inocente. El primero proviene de la intención del asegurado de defraudar al Asegurador, rompiendo de esa manera el principio indemnizatorio del seguro. En este caso se aplica lo ordenado por la norma citada anteriormente. En tratándose del segundo, o sea, del supraseguro inocente, su fin no es la del defraudar al asegurador y se puede presentar por múltiples causas que son ajenas a la intención dolosa. En caso como este, se hace devolución proporcional de la prima.

6.6. DEDUCIBLE Y FRANQUICIA.

6.6.1.. Deducible. Esta es una figura que no está contemplada por la ley, pero que existe por motivos meramente técnicos y que son de utilidad económica para el Asegurador. Este último, al momento de aceptar un riesgo, pacta con el tomador, que en caso de siniestro sólo pagará o indemnizará por el 70, 80 o 90%, según lo que acuerde. El 30,20 o 10% restante corre a cuenta del asegurado.

6.6.2. La franquicia, tampoco está reglamentada por la ley: Consiste en que no se atienden reclamaciones iguales o inferiores a determinada suma, pero de ahí en adelante se atenderán en un 100% las presentadas, también obedece a principios técnicos y económicos, generalmente se estiman S.M.L.M.V.

7. COEXISTENCIA DE SEGUROS

El Código de Comercio, regula de manera clara lo atinente a la coexistencia de seguros en los artículos 1092, 1093 y 1094.

La ley no lo dice en el artículo 1094, pero se presume que la coexistencia de seguros debe darse de buena fé, de lo contrario se produce la nulidad.

7.1 COASEGURO

El artículo 1095 del Código de Comercio regula lo atinente al coaseguro, pero se puede precisar, que el coaseguro se presenta cuando el Tomador, celebra con varias compañías de seguro un contrato donde estos últimos, asumen una proporción del riesgo, designado ellos a una compañía líder, que será la que administra el riesgo. Cada una de ella responde por la proporción asignada, lo que quiere decir que la responsabilidad no es solidaria. También existe coaseguro, cuando el tomador celebra con una compañía aseguradora un contrato de seguro sobre determinado bien y con la autorización del tomador la aseguradora llama a otras compañías para compartir el riesgo de manera proporcional. El coaseguro es diferente del reaseguro, porque en el coaseguro las diferentes aseguradoras responden frente al asegurado, en cambio, el reasegurador no tiene ninguna relación con el asegurado, en la mayoría de las veces éste desconoce la existencia del contrato de reaseguro.

8. ANTECEDENTES DEL CONTRATO.

Dada las características especiales del contrato de seguro, éste no nace a la vida jurídica abruptamente, es necesario que se agoten algunos trámites previos, como es el de la oferta, la solicitud de seguro, el informe de inspección en los seguros de daños y la declaración de asegurabilidad en los seguros de personas.

8.1. LA OFERTA.

El contrato de seguro es un negocio jurídico, en el que es frecuente la figura jurídica de la oferta. Esta puede proceder de cualquier de las partes, del asegurador o del tomador y está sometida a lo establecido en los art. 845 y S.S. del Código de Comercio.

8.2. LA SOLICITUD DE SEGURO

Es un documento, suscrito por el Tomador, mediante el cual se hace la determinación o fija la manera de determinar el riesgo, se precisa la identificación del tomador, del asegurador y del beneficiario si se trata de una persona diferente a los anteriores, también se describe la ubicación del riesgo, sus características, su estado y todas aquella información fundamental y necesaria para el perfeccionamiento del contrato. Generalmente, este documento está redactado por parte del asegurador y según lo establece el artículo 1048 del Código de Comercio forma parte de la póliza; pero en virtud de la consensualidad, no es requisito indispensable; o sea que se puede prescindir de dicha solicitud.

8.3. EL INFORME DE INSPECCIÓN EN LOS SEGUROS DE DAÑOS.

Una vez presentada la solicitud de seguro al asegurador, éste puede proceder a verificar lo dicho en ella; siendo más necesario en tratándose de solicitudes hechas con el fin amparar complejos industriales; donde para realizar la inspección se debe recurrir a profesionales en las diversas áreas, como

Ingenieros, economistas, ecologistas, contadores etc. Esto con el fin de dar los amparos necesarios para cada caso en particular.

Este informe de inspección también forma parte de la póliza (art. 1048 C.C.).

8.4. LA DECLARACIÓN DE ASEGURABILIDAD EN LOS SEGUROS DE PERSONAS.

En los seguros de persona, al momento de diligenciar la solicitud, se procede a diligenciar también la declaración de asegurabilidad, este es un documento que puede ir por separado o en la misma solicitud, y en él se indaga sobre el estado (pasado y presente) de salud del asegurado. En caso necesario, teniendo en cuenta el monto asegurado en los seguros de vida, o el estado de salud actual o pasado o la edad del asegurado, se requiere de examen médico y de exámenes de laboratorio. Este documento también forma parte de la póliza (art. 1048 de C.C.), tanto el informe de inspección, como la declaración de asegurabilidad, son necesarios para el asegurador decidir si asume el riesgo o no.

9. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA PÓLIZA

La póliza es el documento o documentos en los cuales se expresan las condiciones generales y particulares del contrato de seguro.

Antes de entrar en vigencia la ley 389 de 1997, sólo al expedirse la póliza era cuando se consideraba perfeccionado el contrato, esto en virtud del carácter

solemne que le daba la ley a tal contratación. Al entrar en vigencia la precitada ley y adquirir el carácter de consensual, la póliza tiene sólo fines probatorios.

En cuanto a los requisitos de la póliza, estos son establecidos de manera taxativa e imperativa por el artículo 1047 del Código de Comercio.

9.1. CLASIFICACIÓN DE LAS PÓLIZAS.

Para un mejor manejo técnico y comercial y atendiendo a la diversidad de amparos a los diversos riesgos, existen diferentes clases de pólizas.

9.1.1.PÓLIZA ESPECIFICA.

Esta es la modalidad de pólizas más usual. En esta modalidad de póliza es fundamental la determinación o forma de determinar el bien o bienes asegurados y es sólo para ello que se otorga el amparo. Ej. El seguro de vida individual, o el seguro de incendio para determinado establecimiento de comercio.

9.1.2.PÓLIZA COLECTIVA

En esta modalidad de póliza se ampara una diversidad de bienes de un mismo Tomador que generalmente se hallan ubicados en lugares diferentes. Ej. Los que amparan a los diferentes almacenes de una cadena, los que amparan a una flota de camiones de una empresa de transporte.

9.1.3. PÓLIZA DE GRUPO.

Esta es una modalidad de póliza colectiva. Pero en esta se ampara generalmente mediante una sola póliza de seguro de vida, a un grupo de personas pertenecientes a un grupo definido; Ej. Los trabajadores de una empresa, los miembros de una asociación, etc.

9.1.4. PÓLIZA FLOTANTE

Esta modalidad de póliza es la indicada en los casos donde por el flujo constante de mercancías o de materias primas es difícil mantener una suma asegurada estable; y con el fin de evitar el infraseguro o supraseguro; es preciso recurrir a la modalidad de póliza flotante de abono o de declaraciones periódicas.

Consiste en que se asegura hasta un máximo establecido por las partes de acuerdo con el flujo de bienes; pero se reporta a la aseguradora por semanas, meses o trimestres y de acuerdo con ello se le cobra la prima.

9.1.5. PÓLIZA AUTOMÁTICA

Esta modalidad de póliza es de uso corriente en los seguros de transporte y consiste en que se celebra el contrato de seguro de transporte y se fija un máximo por mes o por envío en los que automáticamente y sin previa autorización de la



aseguradora todos los envíos que se realicen dentro de los parámetros acordados se encuentran amparados.

En esta modalidad, también se debe hacer informe periódico a la aseguradora que pueden ser semanal, mensual o trimestral y de esa manera se establece la prima.

9.1.6. PÓLIZA DE SEGURO MÚLTIPLE

Consiste en que mediante una sola póliza se asegura un mismo bien con diferentes amparos y por cada uno de ellos se cobra prima; El ejemplo clásico de esta modalidad es el seguro de autos ya que cubre: Daños, Hurto y Responsabilidad Civil Extracontractual y es posible cobrar por cada amparo separadamente.

10. ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO DE SEGURO

10.1. LA PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO

Antes de entrar en vigencia la Ley 389 de 1997, probar el Contrato no ofrecía ninguna dificultad dada la característica de solemne y según esto, solo existía Contrato al expedirse la póliza por parte del asegurador; actualmente, al entrar en vigencia la precitada Ley y pasar a consensual el mencionado contrato, la expedición de la póliza no es requisito indispensable para la existencia de tal

negocio jurídico, por lo tanto y en virtud de lo establecido el artículo 1046 que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997, el Contrato de Seguro se probará por escrito y por confesión, más adelante, la misma norma establece que la póliza se expedirá con fines exclusivamente probatorios dentro de los 15 días siguiente a la celebración del negocio jurídico. Concluyendo, el contrato de seguro actualmente se probará por escrito, esto es todo documento o documentos que de alguna manera lleven a establecer la existencia del acto, incluyendo el documento electrónico, tal como lo establece el literal b del artículo 2 de la Ley 527 de 1.999, sirven como prueba, además de la confesión.

En cuanto a la prueba por escrito, tal como lo preceptúa 1046 que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1.997, ha generado un enfrentamiento entre los doctrinantes que defienden el principio de la prueba por escrito y en tal caso sostienen, que todo escrito o escritos que lleve a establecer la existencia del contrato se debe tener como prueba y como contraparte en la discusión están los que argumentan que la prueba por escrito, en este caso, es todo escrito que reúna los elementos para la existencia del contrato, esto es, la plena identificación de las partes, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

10.2. LA RECLAMACIÓN

Una vez surtido el aviso de que habla el artículo 1075 del Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario debe proceder a hacer la reclamación formal ante el asegurador, que debe hacerse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Con la reclamación nace a la vida jurídica la obligación del asegurador; de condicional pasa a ser una obligación actual.

Aunque la reclamación, en consonancia con la consensualidad, puede hacerse por cualquier medio, lo ideal y para efectos probatorios, debe ser por escrito.

Realizada formalmente la reclamación, el asegurador, a partir de ese día tiene un mes para pagarla u objetarla (art. 1080 C. Co.).

10.3. LA OBJECCIÓN.

Presentada la reclamación formal, el asegurador puede:

- a) Pagarla dentro de mes siguiente a su presentación para evitarse la sanción que establece el artículo 10810 del Código de Comercio; siempre que se den todos los presupuesto necesarios para el pago.

- b) Objeterla parcialmente; esto se presenta cuando no están lo suficientemente claros los hechos; como la ocurrencia del siniestro, su cuantificación, si estaba amparado el riesgo objeto del siniestro, si hay legitimación en la persona que hace la reclamación, o por cualquier otra causa.
- c) La objeción total que debe basarse en hechos que configuren alguna causal de inexistencia del Seguro, nulidad del contrato, pérdida del derecho por el asegurado, inexistencia del siniestro, prescripción etc.

La ley no establece condiciones a la objeciones, pero por razones de sentido común, deben tenerse en cuenta las siguientes:

1. Debe estar por escrito, este escrito debe ser entregado al asegurado-beneficiario personalmente o enviado por correo certificado a la dirección que aparezca registrada.
2. Debe ser oportuna, es decir dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación, vencido éste termino no tendrá validez.
3. Debe fundamentarse, el asegurador debe fundamentar la objeción en razones de hecho o de derecho.
4. Debe ser seria, esto significa que los fundamentos aducidos para objeción, deben ser graves, importante y de consideración.

5. Debe ser de buena fe, condición esta indispensable en toda relación contractual y más aun en tratándose del Contrato de Seguro. Y

6. Quien haga la objeción debe tener la legitimación para hacerla; es decir, que debe ser efectuada por el Representante Legal de la aseguradora.

10.4. LOS PROCESOS.

Los procesos que se pueden tramitar como consecuencia de las controversias surgidas por el contrato de seguro son dos, la acción ejecutiva y la acción ordinaria.

10.4.1. LA ACCIÓN EJECUTIVA.

En cuanto a la acción ejecutiva, el profesor **HERNAN F. LOPEZ** dice *"La vía ejecutiva procederá siempre que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 488 del C. de P. C. , un documento, en este caso una póliza, reúna los requisitos exigidos por la mencionada disposición, es decir que a más de ser auténtico el documento (lo cual en materia de contrato de seguro es requisito que se cumple, pues el artículo 1052 del Código de Comercio, presume auténticas todas las firmas estampadas en un contrato de seguro o en sus anexo, cuestión que reitera*

el numeral 5 del artículo 252 de Código de Procedimiento Civil.), contenga una obligación clara, expresa y exigible⁶.

Además, el artículo 1053 del Código de Comercio establece el mérito ejecutivo de la Póliza de Seguro.

10.4.2. LA ACCIÓN ORDINARIA

El artículo 1053 del Código de Comercio indica en que casos la póliza presta mérito ejecutivo, cualquier otra controversia originada en el Contrato de Seguro debe decidirse por la vía ordinaria. Por ejemplo; al objetarse de manera injusta una reclamación, la acción indicada para obtener la indemnización por vía jurídica; es el proceso ordinario.

10.5. LA PRESCRIPCIÓN

En tratándose del Contrato de Seguro, es este uno de los temas que ha suscitado mayor controversia por parte de los doctrinantes, debido a la manera como está redactado el artículo 1081 del Código de Comercio, norma esta que regula la prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro; pero la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 5 de 2000, en hora buena por vía Jurisprudencia aclaró las dudas al respecto al decir: *"Es así, se reitera, cómo en punto tocante al inicio del referido recurso, se tiene establecido que la ordinaria*

⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit.

correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración – eficaz de la reticencia o de la inexactitud en la declamación del estado de riesgo, etc.) al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna el precitado conocimiento. De allí expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirá los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento⁶.

Quiere decir lo anterior, que al contrario de lo que acontece en un apreciable número de naciones, el legislador colombiano, ex profeso, le dio carta de ciudadanía a una prescripción (la extraordinaria) fundada en razonamientos absolutamente objetivos, haciendo, para el efecto, tabla rasa de aquel acerado y potísimo axioma de raigambre romana, conforme al cual "contra quien no puede ejercitar una acción no corre la prescripción" (contra nonvalentem agere, non currit praescriptio), también conocido a través del enunciado jurídico: "la acción que no ha nacido, no puede prescribir" (actionis nondum natae, non praescribitur), postulado éste que tiene como plausible cometido el garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción, siendo cognoscible por parte del interesado, pudo ser ejercida, eliminando por tanto, de raíz, la posibilidad de que una acción prescriba sin que el interesado, incluso, se haya enterado de su previa existencia.

⁶ C.S.J. Sentencia de Mayo 9 de 2000. Sala de Casación Civil.

Tal como lo establece el Código de Comercio (art. 1131) el siniestro ocurrirá en el momento en que acaezca el riesgo externo imputable al asegurado y la responsabilidad del asegurador se hará efectiva cuando el perjudicado demande al asegurado.

Demandado el asegurado, lo lógico es que llame en garantía al asegurador, no sólo para relevarse de éste, sino para que el asegurador, pueda intervenir en el proceso. Además de ser una garantía para el asegurado y para el perjudicado, viene también a serlo para el asegurador.

10.7. SUBROGACIÓN

La subrogación fundamentada en el pago de una indemnización basada en el contrato de seguro, es de carácter Legal, así lo establece el artículo 1096 del Código de Comercio.

En cuanto a la subrogación la Corte Suprema de Justicia ha establecido "*Ahora bien, la subrogación legal por el pago del seguro, no obstante los antecedentes que le preceden, constituye una institución especial de orden público.*

Ciertamente es claro, que la obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. Es decir, que el

asegurador que indemniza al asegurado, cumple al hacerlo con una obligación propia, surgida de ese contrato sinalagmático celebrado con el asegurado, indemnización que es la prestación a que se encuentra obligado y para cubrir la cual el asegurado, a su turno, se obligó al pago de una prima cuya tarifa se determina en proporción de la suma asegurada. De ninguna manera puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya a título de responsabilidad civil contractual, ora a título de responsabilidad civil extracontractual

Sin embargo, la ley no le da al pago del seguro, por parte de la compañía aseguradora al asegurado, un tratamiento ordinario sino un o especial, consiste, de un lado, como un pago con subrogación legal, y, del otro, le reconoce un interés público para su regulación. Con lo cual se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público. Lo uno se desprende del mandato expreso de " subrogación" a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio; y lo otro, de la intención de este Código, a diferencia del anterior, de regular, por motivos de política legislativa, en forma estricta los efectos de esta subrogación, que permite inferir su naturaleza de orden público. En efecto, la citada disposición no se limita a consagrar la institución, sino que, además, de una parte, la establece de manera imperativa, porque dice " se subrogará "por ministerio de la Ley" y, de la otra, porque establece, igualmente en forma perentoria, un límite cuantitativo, cuando expresa que "se subrogará... hasta concurrencia de su importe". Completamente lo dicho la circunstancia de que el

*propio legislador prevea a la cautela por la misma ley de los derechos del asegurador subrogatorio, como efectivamente ocurre con los artículos 1097 y 1098 del Código de Comercio, en el primero de los cuales expresamente prohíbe al asegurado renunciar a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro y, en el segundo, ordena realizar "todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación" normas estas que, al igual que las contenidas en los artículos 1099 y 1139, que niegan la posibilidad de subrogación en las hipótesis allí señaladas. Ahora bien, éstas normas, por sí solas ponen de manifiesto la intención de no dejar esta relación a la regulación particular, porque al darle ese tratamiento (imperativo, limitativo, obligatorio y prohibitivo en ciertos casos), está sin lugar a dudas sustrayéndola a los intereses particulares, porque, seguramente, se estima superior el interés de equilibrio y seguridad que debía guardarse, en este contrato, para beneficio general. De allí su naturaleza de orden público"*⁷.

Para que opere de manera eficaz la subrogación se requiere:

1. Que exista un Contrato Válido.
2. Que el asegurador realice el pago de la indemnización.
3. Que el pago sea válido.
4. Que no esté prohibida la subrogación.

⁷ C.S.J. Sentencia de Agosto 6 de 1965.

CAPITULO II

Como el tema de esta investigación es La Responsabilidad Civil y El Contrato de Seguro; de manera clara se acometerá el estudio de las diferentes aristas de La Responsabilidad Civil, queriendo llevar de la mano al lector que no tiene formación jurídica de abogado por el sendero del conocimiento de una institución bastante compleja e importante en las relaciones del hombre en la sociedad actual.

1. TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

1.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL .

Siempre que exista un daño y alguien que sufra por ello, estaremos frente a la Responsabilidad Civil.

1.2. DEFINICIÓN.

Desde el derecho Romano, exactamente Gayo, sostuvo que en materia de derecho civil no es conveniente entrar a dar definiciones por correr el riesgo de caer en imprecisiones. Siendo mejor que sea la Doctrina y la Jurisprudencia la que se encargue de marcar las dimensiones de una institución jurídica, sin embargo, el profesor **JAVIER TAMAYO JARAMILLO** define la Responsabilidad Civil de la siguiente manera *"En general, la responsabilidad civil engloba todos estos*

comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen surgir en cabeza de quien lo causó, la obligación, de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita, debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita, ha producido a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un Contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia"⁸.

En conclusión, la responsabilidad civil, como frente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos.

2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El origen y la evolución de la Responsabilidad Civil ha ido pareja de la historia misma del hombre y de su entorno, porque donde quiera que haya presencia del hombre, vida en común con más personas y cosas, siempre habrá hechos, actos y omisiones que de alguna manera causaran daño a las cosas o a las demás personas en su patrimonio y en su integridad, de esa manera lo entendieron los ilustres hermanos **MAZEUD** cuando al respecto dijeron: *"Cabe esquematizar la evolución experimentada por todas las legislaciones en el ámbito de la responsabilidad civil descomponiéndola en algunas fases muy diferenciadas:*

⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De La Responsabilidad Civil Tomo I, Editorial Temis. Bogotá.

En el origen, el problema queda, en cierto modo, al margen del influjo del derecho: ni las costumbres ni la ley, con mucha más razón, se preocupan para nada de los daños causados a los particulares; tiempos primitivos en los que la libertad de cada cual no tiene otros límites que la fuerza de sus semejantes. Pero la fuerza incita a la fuerza; el que ha sido lesionado trata de vengarse, de volver el mal con el mal; es así como conciben los primitivos la reparación del daño sufrido.

Poco a poco, esa concepción se introduce en la esfera jurídica. Por la fuerza de la costumbre, el talión se convierte en una regla. La víctima tiene el derecho de venganza. Pero, a medida que se complican las relaciones sociales, desaparece el orgullo primero del hombre, su sentido brutal del honor se suaviza; la víctima piensa que, en lugar de vengarse en la persona de su adversario, le será más provechoso cobrarse sobre su patrimonio; mediante una suma de dinero, consentirá en el perdón; es la composición, al rescate, cuyo importe se fija por acuerdo de ambos interesados.

Se extiende cada vez más la práctica de esas composiciones voluntarias; por eso, el día en que la autoridad se siente lo bastante fuerte como para imponer su voluntad, sancionará ese uso, lo hará obligatorio. En lo sucesivo, la víctima no podrá hacerse justicia por sí misma; estará obligada a aceptar la composición; la autoridad fija su cuantía por anticipado. Todavía, durante mucho tiempo, algunos daños quedarán al margen de toda tarifa; por ejemplo, no resulta dudoso que los atentados contra el honor no siempre han debido poder repararse por el pago de una suma de dinero: la supervivencia del duelo hasta nuestros días no es sino la

prueba de ello y también esos juicio por daños y perjuicios en los que la víctima se niega a reclamar cosa distinta de una suma simbólica.

Al mismo tiempo que interviene en las controversias entre particulares, la autoridad sanciona a los que la atacan, a los que le infligen perjuicios. No persigue, en un principio, sino a los autores de infracciones cometidas directamente contra ella; pero no tarda en advertir que ciertos daños inferidos a algunos particulares le alcanzan indirectamente a ella, porque perturban el buen orden. Castiga entonces a los autores y, en primer término, a los de las infracciones más graves, tales como el asesinato, el robo; luego, poco a poco a los de un número de delito cada vez mayor. En adelante, habrá dos categorías de transgresiones: los delitos públicos reprimidos por la autoridad; los delitos privados, en los que aquélla no interviene más que para evitar los conflictos, para fijar la composición.

A partir del día en que el Estado se arroga la misión de penar, de castigar a los culpables, la concepción de la responsabilidad de advertirá que se transforma, porque se desdobra. En otros tiempos, tan sólo la víctima tenía la carga de sancionar con una pena al autor del daño, pena corporal, luego pecuniaria (composición); pero que constituía siempre la expresión de la venganza. En lo sucesivo, el Estado es el que pena y, muy pronto, es él el único que pena; ¿quiere decir eso que ha terminado el papel de la víctima? No, sino que se ha transformado; la víctima pide solamente una indemnización; ya no es cuestión de venganza, sino de reparación. En adelante existen dos responsabilidades

distintas: la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. El día en que la acción represiva pasa de mano de la víctima a manos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios. Tal ha sido la evolución general. El derecho romano y el antiguo derecho francés se ajustaron a ella⁹.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Es la misma Ley la que establece a la Responsabilidad Civil como fuente de obligaciones. El Código Civil Colombiano en los artículos 2341 al 2360 lo precisa con diáfana claridad.

4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

4.1. FUNDAMENTO MATERIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hablar del fundamento material de la Responsabilidad Civil es tanto como tratar sobre el fundamento material del derecho, es decir lo que le da origen, y éste lo encontramos en la actividad cotidiana del hombre que en su desarrollo, de alguna manera su quehacer puede afectar, dañar o perjudicar el patrimonio y la misma integridad física de sus semejantes; al suceder esto, se dice que ese sujeto es responsable de tal o cual daño y como tal debe resarcirlos; esto es en resumen el fundamento material de Responsabilidad Civil.

⁹ MAZEAUD. H/nos. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Edit. EJEA. B. Aires. 1961.

4.2. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El hombre, siempre tuvo el conocimiento de que al causarle daño a otro, debía resarcirlo; pero fue necesario que el Estado se arrogara la facultad de legislar al respecto; y es así como en occidente desde el Código Napoleón hasta hoy en casi todas las legislaciones, por no decir en todas, está establecido que quien cause daño a otro, que de alguna manera afecte su patrimonio, debe compensarlo; lo que quiere decir que es la ley y los contratos el fundamento jurídico de la Responsabilidad Civil.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL.

Se habla de Responsabilidad Civil cuando el daño o el perjuicio causado afecta el ámbito patrimonial o económico de la víctima, al respecto sostiene el Dr. **MARTINEZ RAVE** *“Consiste en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho o un acto. Cuando se cumple un acto o hecho que origina responsabilidad patrimonial o civil, se presenta una ruptura de la armonía patrimonial existente. Por lo tanto un patrimonio es lesionado o afectado. La responsabilidad civil o patrimonial es entonces la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales por la ruptura de la armonía previa existente. Es un problema neta y exclusivamente patrimonial”*.¹⁰

¹⁰ MARTINEZ RAVE. Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 9ª Edición. Edit. Dike

A continuación se estudiará, la primera división, es decir, la Responsabilidad Civil Contractual; ésta se da en el mundo jurídico por el incumplimiento de un compromiso contractualmente adquirido, o por su cumplimiento tardío, inoportuno e insuficiente.

6.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

Tanto en la Responsabilidad Civil Contractual como en Responsabilidad Civil Extracontractual se encuentran elementos que le son comunes a ambas y que sin ellos no se daría la institución de Responsabilidad Civil.

Muchos doctrinantes suelen señalar a la culpa como elemento común, entre estos se encuentran los Hermanos **MAZEAUD**; otros sostienen que no, que la culpa no está presente todas las veces; como en el caso de la Responsabilidad Objetiva; entre los que no consideran a la culpa como elemento de la Responsabilidad Civil se encuentra el Dr. **JAVIER TAMAYO JARAMILLO**.

La doctrina tiene como elementos de la Responsabilidad Civil la Culpa, el Daño y el Nexo causal.

¹¹ MARTINEZ RAVE. Gilberto. *Ibidem*.

Antes de entrar a tratar sobre la culpa es necesario hacerlo sobre un tema obligado en tratándose de Responsabilidad Civil, cual es de la Teoría del Riesgo y el de la Conducta, por desconocerse en ellas la culpa.

6.1.2. TEORIA DEL RIESGO.

Consiste esta tesis en que todo hecho que cause un daño debe ser reparado, sólo exige que confluayan dos elementos: un daño y un nexo de causalidad entre ese daño y la actividad del causante. En esta tesis no se considera a la culpa, es decir, se niega la existencia de ella como elemento constitutivo de la Responsabilidad Civil.

6.1.3. LA CONDUCTA.

Algunos doctrinantes y entre ellos el ilustre Tratadista Colombiano, ya citado, Doctor, **JAVIER TAMAYO JARAMILLO**, sostienen que es preferible hablar de conducta en lugar de culpa como elemento esencial de la Responsabilidad Civil. La conducta exigida para que sea conforme la Responsabilidad Civil es aquel acto humano que no pretende crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea, porque produce un daño de manera ilícita. Esta conducta puede ser activa u omisiva.

6.1.4. LA CULPA.

El artículo 63 del Código Civil Colombiano no define la Culpa, como tampoco la hace el Código Civil Francés ni el Chileno, que son los antecesores más próximo del nuestro.

El Doctor **GILBERTO MARTINEZ RAVE**, cita en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual, en Colombia las siguientes definiciones:

“ El incumplimiento de un deber que el agente debe conocer y observar”.

Savatier.

“ La culpa es una falla contra una obligación, contra una obligación preexistente”.

Planiol.

“ La legitima confianza engañada”

Emmanuel Levy

“En un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas del causante”

Hermanos Mazeaud.

6.1.5 GRADOS DE CULPA

El Código Civil Colombiano, como ya se dijo, no define la culpa, pero si entra a definir de manera clara las graduaciones de la culpa.

En materia contractual, las graduaciones de la culpa carecen de importancia, ya que el agente es responsable sin entrar a mirarlos.

6.2. EL DAÑO

El Código Civil Colombiano, no define el daño, por lo que lo ha tenido que hacer la doctrina.

A continuación se traen las definiciones dada por algunos tratadistas nacionales y extranjeros:

El Doctor **ALVARO BUSTAMANTE LIDERMA** lo define así: "*El daño en términos generales es la lesión de un interés tutelado por el derecho y causada por el comportamiento ilícito o no de una persona diferente al titular del mismo. Esa lesión puede derivarse del incumplimiento o cumplimiento anormal de una obligación contractual y en esta hipótesis se configura el daño contractual, o bien de un comportamiento ilícito contrario a una norma constitucional, civil, penal o administrativa, así como de una conducta no ilícita pero si antijurídica, entendida ésta como aquella que ocasiona un perjuicio que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, y en este evento se configura el daño Extracontractua*"¹².

¹² BUSTAMANTE Liderma, Alvaro. El Daño. Editorial Jurídica de Colombia. Bogotá. 2001.

El Doctor **JORGE CUBIDES CAMACHO**, al respecto sostiene: " El daño es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad. Establecida ésta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas"¹³.

6.2.1. CLASES DE DAÑO.

Nuestro Código Civil sólo contempla el Daño Emergente y el Lucro Cesante, pero, como una persona puede ser perjudicada de muchas maneras, se hace necesario establecer primeramente cuales son las diferentes clases de daño

6.2.2. DAÑO MATERIAL.

Se entiende por daño material el causado al patrimonio de la víctima, de la universalidad jurídica compuesta por derechos y deberes de contenido económico que, se radican en cabeza del perjudicado. Por su carácter económico es fácilmente evaluable, debido a que sólo se produce un menoscabo estrictamente material.

¹³ CUBIDES CAMACHO. Jorge. Ibidem.



6.2.3. DAÑO MORAL:

El daño moral, es aquel que de alguna manera lesiona elementos subjetivos e internos de la personalidad y los que lesionan la parte externa de esa misma valoración, es decir, la honra.

El consejo de Estado por vía de jurisprudencia dividió al daño moral, en objetivo y subjetivo.

Por **daño moral objetivo** se entiende el resultado o repercusiones económicas que se sufre como consecuencia de la angustia o de trastornos síquicos producidos por el hecho dañoso.

Como **daño moral subjetivo** o pretium doloris, se entiende como aquel que sólo lesiona aspectos sentimentales, síquicos, dolores internos.

6.2.4. DAÑO EMERGENTE.

Este consiste en el menoscabo o deterioro del patrimonio que sufre el perjudicado con ocasión del hecho dañoso. Este daño es fácil de estimar; algunos doctrinantes lo denominan daño positivo.

6.2.5. LUCRO CESANTE.

Este se presenta, cuando , como consecuencia del perjuicio causado a la víctima, ésta deja de percibir un beneficio, es llamado por algunos tratadistas, Daño Negativo.

6.2.6. DAÑO ACTUAL.

El daño actual es el que se ha producido; el perjuicio real de la víctima, es el caso del daño emergente y el lucro cesante.

6.2.7. DAÑO FUTURO.

Como su nombre lo indica es un daño que va ha producirse, para que pueda ser resarcido, su acaecimiento debe ser cierto y no hipotético.

6.2.8 DAÑO DIRECTO Y DAÑO INDERECTO

El daño directo es el efecto nocivo inmediato y próximo del hecho dañoso y Daño Indirecto es aquel que se produce como consecuencia del daño directo.

6.2.9. DAÑO FISIOLÓGICO.

El Doctor **GILBERTO MARTINEZ RAVE** define claramente este daño de la siguiente manera "*Con este nombre se han venido clasificando algunos perjuicios diferentes a los llamados materiales y morales y a los cuales se les han dado dos significados distintos:*

a). La tesis que sostiene que los perjuicios fisiológicos son los que resultan de un lesionamiento a la integridad funcional del individuo que, sin tener repercusiones económicas, afecta su actividad fisiológica. Son los casos comunes en donde una persona pierde, como consecuencia de un delito o de un hecho dañoso, un riñón. Si bien puede continuar viviendo con el otro normalmente no sufre merma en su capacidad laboral, ¿por qué debe continuar con limitaciones fisiológicas causadas por otra persona? Si se trata de la pérdida de parte del estómago, del bazo, de un ojo o de otros órganos o elementos fisiológicos que vulneran su integridad como persona, debe ser indemnizado.

*b). La tesis que sostiene que el daño fisiológico se da cuando se limita el goce de los placeres de la vida y su indemnización repara la supresión, merma o limitación de las actividades vitales. El consejo de Estado en sentencia de mayo 6 de 1993, expediente 7428, se afilia a esta tesis. En la providencia se hace una clara distinción entre **los perjuicios materiales** (que afectan el patrimonio económico), **los perjuicios morales** (que afectan la estabilidad emocional), y **los perjuicios***

*fisiológicos (que afectan la integridad funcional y las actividades placenteras de la vida), para terminar tasando en ocho millones de pesos el perjuicio fisiológico sufrido por una persona que, por habersele amputado sus dos piernas, debe permanecer de por vida en una silla de ruedas.*¹⁴

6.2.10 DAÑO CONTRACTUAL.

Es el producido por el incumplimiento de una obligación contractual, que puede ser por el incumplimiento puro y simple, por mora o por el cumplimiento incompleto de la obligación.

6.2.11. DAÑO EXTRA CONTRACTUAL.

Este daño se da cuando se lesiona a la víctima sin que exista un vínculo contractual; o mejor, no es necesario que exista ese vínculo; generalmente también se lesiona el ordenamiento jurídico; es el caso del homicidio.

6.2.12 REQUISITOS DEL DAÑO

El daño, para que exista como tal es necesario que reúna los siguientes requisitos:

¹⁴ ARTINEZ RAVE. Gilberto. Op .cit.

6.2.12.1. PROPIEDAD DEL DAÑO: para que una persona pueda demandar por el interés lesionado es menester que le pertenezca, es decir, que sea el titular del interés lesionado con el hecho dañoso, a no ser que se trate de quien padece un desequilibrio emocional o económico por el daño sufrido por otro, es el caso de quien recibe alimentos, que al morir el alimentante se le lesiona económicamente y también emocionalmente; en este caso, se está legitimado para pedir el resarcimiento. También puede suceder que quien demanda la reparación sea el heredero de la víctima.

6.2.12.2. CERTEZA DEL DAÑO.

Se hace necesario que el daño exista en el mundo jurídico. Lo que significa que para que el daño sea indemnizable es menester que sea cierto, verdadero e incuestionable.

6.2.12.3. SUBSISTENCIA DEL DAÑO.

Es subsistente el daño que no ha sido debidamente indemnizado, pues de encontrarse reparado ya no puede tenerse como tal.

6.2.12.4 VALORABLE.

Algunos tratadista sostienen que además de los requisitos anteriores, es menester que sea posible su valoración. En tratándose del daño material es fácil hacer una

valoración, no así cuando se está frente al daño moral, pero por vía jurisprudencial se ha estimado en gramos oro y el actual Código Penal lo ha estimado en S.M.M.L.V, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del mencionado Estatuto Penal.

6.3.EL NEXO CAUSAL.

El Código Civil Colombiano, en los artículos comprendidos en el Título XXXIV, o sea, los referentes de la Responsabilidad Civil Extracontractual, exigen para que se de la responsabilidad, la existencia de un vínculo entre el hecho o la culpa o el daño, de lo que se puede inferir que es fundamental y necesario que se de ese nexo causal, ya sea que se trate de quienes defienden la teoría objetivista u subjetivista, ya que ambas vertientes esta de acuerdo y reconocen la existencia del vínculo entre la culpa, los primeros y el hecho los segundos y el daño sufrido por la víctima.

Así las cosas, todo parece sencillo; lo es, cuando es un solo hecho el que genera el daño; pero ¿como se revuelve cuando surgen varias causas?

Para dar respuesta al interrogatorio anterior surgen dos teorías: **1.** La teoría de la equivalencia de las condiciones y **2.** La teoría de la causalidad adecuada, lo anterior en materia civil; ya que en materia penal se está abriendo paso la teoría de la Imputación Objetiva.

6.3.1. PRUEBA DEL NEXO CAUSAL

De acuerdo con el aforismo romano *actori incumbit probatio*, es a la víctima o al perjudicado a quien le corresponde probar el daño material y de contera, el vínculo o nexo entre el hecho y el daño.

7. REQUISITOS PARA QUE HAYA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL .

Para que el perjudicado pueda accionar reclamando por Responsabilidad Civil Contractual, es necesario que esta haya nacido a la vida jurídica, y para ello es menester, que se den unos requisitos, como son: **1)**. Que haya un contrato válido, **2)**. Que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato **3)**. Que el daño haya sido causado por el deudor al acreedor contractual.

7.1. EL CONTRATO DEBE SER VALIDO.

Para que en el mundo jurídico exista la Responsabilidad Civil Contractual, es necesario que entre el acreedor y el deudor una relación contractual, es decir, un contrato, pero este contrato debe ser válido.

Así las cosas, parece fácil; la dificultad se hace presente en los casos de Responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual; en este caso es necesario atenerse a lo establecido en materia de la oferta, si ésta cumple con

todos los requisitos ordenados en el artículo 845 del Código de Comercio; se estará frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual y se hará deudor aquella parte que por su culpa no se cumplió. Cuando la oferta no cumple con los requisitos establecidos por la ley, y una de las partes incumple por su culpa, se estará frente a una Responsabilidad Civil Extracontractual, y el que incumplió se hace deudor de la otra parte.

Otra dificultad que se presenta, es en los contrato benévolo de que hablan los hermanos **MAZEAUD** en su **TRATADO TEORICO PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL**; en el que ponen como ejemplo de contrato benévolo el de transporte gratuito.

En tratándose de contratos benévolo, para llegar a precisar o determinar la existencia de Responsabilidad Civil Contractual, se precisa primero establecer si hay o no obligación contractual, y dependiendo de ello, se dirá si hay o no Responsabilidad Civil Contractual.

Otra dificultad que podría presentarse es en cuanto a la Responsabilidad Contractual, Cuando se trata de Contratos nulos, pues puede haber daño como consecuencia de la nulidad o también, daño como consecuencia de la ejecución de un contrato nulo; en ambos casos, se está frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual.

7.2. QUE HAYA UN DAÑO DERIVADO DE LA INEJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Todos los tratadistas están de acuerdo, y es de sentido común, que, para saber si el daño surge de la ejecución tardía o inejecución o imperfecta ejecución del contrato; es menester precisar cuales son las obligaciones pactadas en el contrato objeto de la controversia.

Una vez establecida la obligación contractual, se hace necesario precisar si trata de una obligación de medio o de resultado y si se encuentra pactada o tácita la obligación de seguridad.

En cuanto a la obligación de seguridad en algunas actividades se da por admitida, como en las actividades que de alguna manera lleve inmersa la posibilidad del acaecimiento de lesiones personales a las personas partes de la relación contractual. Cabe anotar que la obligación de seguridad, en la mayoría de los casos no es la obligación objeto de la relación contractual, sino que se trata de una obligación adyacente a la principal.

7.3 QUE EL DAÑO HAYA SIDO CAUSADO POR EL DEUDOR AL ACREEDOR.

Al presentarse la inejecución, la ejecución tardía o imperfecta del contrato, la víctima debe ser el acreedor, pero lo anterior no significa que sea este último quien solamente pueda exigir la reparación del daño resultante del incumplimiento ya que según la doctrina, otras personas diferentes del acreedor pueden accionar

por la Responsabilidad Civil Contractual; si en el caso del mandato con o sin representación, cuando el mandatario, para cumplir con el mandato, contrata con un tercero y por la conducta o culpa de este, se da el incumplimiento, lo que da al mandatario el derecho de accionar contra el tercero por el daño sufrido por parte del mandante; pero éste también puede demandar directamente, bien al mandatario o al tercero, pero no puede recibir doble indemnización; esto es, sólo de uno.

Otra persona que puede exigir la reparación, es el heredero; quien puede accionar por el daño contractual sufrido por el causante y si este daño contractual, además le causó también daño al heredero, este puede exigir por el daño contractual y por Responsabilidad Civil Extracontractual.

También está legitimado para accionar el causahabiente a título particular; esto se da en los contratos con garantías; ya que esta es accesoria al contrato y se encuentra regulado en el artículo 928 del Código de Comercio.

Lo anterior se explica de la siguiente manera: cuando en una cadena de contratos, el consumidor final adquiere el producto con garantía, este puede accionar por el daño contractual contra uno, cualquiera de los integrantes de la cadena ya sea productor o distribuidor.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

EL Código Civil Colombiano contiene los principios rectores de la Responsabilidad Civil Extracontractual en los artículos 2341 al 2360; pero es necesario precisar, que todo aquel daño causado sin que media una relación contractual se considera Responsabilidad Civil Extracontractual. En cuanto a la importancia de la Responsabilidad aquiliana el ilustre tratadista **GILBERTO MARTINEZ RAVE**, se expresa en los siguientes términos *"El principio general, conocido desde tiempos históricos, de que quien cause un daño a otro debe indemnizarlo, debe tener aplicación. Nadie debe sufrir las consecuencias patrimoniales de un hecho, de un daño, ocasionado por otro. El perjudicado solo debe cargar o sufrir las consecuencias cuando corresponde a hechos de la naturaleza o a circunstancias no imputables directa o indirectamente a otra persona."*¹⁵

8.1. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO O DIRECTA.

El fundamento jurídico de la Responsabilidad Civil Extracontractual por el hecho propio o directa se encuentra en el artículo 2341 del Código Civil; al examinar las normas del precitado Código que regulan lo referente a la Responsabilidad aquiliana encontramos que este artículo engloba toda aquella responsabilidad que no se encuentre regulada por otra norma.

El artículo 2341 antes mencionado, se hace aplicable en todos aquellos eventos en que existe una culpa probada del agente, entendiendo por culpa, en materia civil, el comportamiento doloso o culposo; este comportamiento culposo debe estar en cabeza del demandado; no importar que el daño haya sido el producto de la conducta de una persona o de una cosa que se encontraba bajo su cuidado.

Lo que nos indica el artículo 2341 del Código Civil, es que siempre en nuestro comportamiento debemos guardar o reservar el deber de prudencia; al violarlo, debemos responder por el daño causado por tal violación.

Por Responsabilidad directa responden no sólo las personas naturales sino también las personas jurídicas, aunque estas como tal no puedan delinquir o causar daños, pero las personas que las conforman o representan si lo pueden hacer, en tal caso, si el daño se produce como consecuencia del ejercicio del objeto propio de la persona jurídica, esta responde por los daños causados.

En tratándose de responsabilidad aquiliana, la culpa no se presume como lo han sostenido algunos tratadistas. Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos *"es sabido que en tratándose de culpa Extracontractual, el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal*

¹⁵ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit.

naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos".¹⁶

El profesor **JAVIER TAMAYO JARAMILO**, en su obra Teoría de la Responsabilidad Civil tomo II, hace un amplio análisis de un tema bastante discutido como lo es el abuso del derecho, en el que sostiene que hay abuso del Derecho cuando una persona al ejercer un derecho subjetivo, legítimo y definido le desvía su sentido social y sólo lo acciona con el fin de ocasionarle daño a su deudor.

8.2. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO O INDIRECTA.

La responsabilidad por el hecho ajeno o indirecta se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 2347 y 2349; en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual indirecta el profesor JAVIER TAMAYO al conceptuar al respecto sostiene "*Ahora, en materia extracontractual se habla de responsabilidad por el hecho ajeno (llamada también indirecta, refleja, por el hecho de un tercero) por contraposición a la responsabilidad civil personal o por el hecho propio. Mientras que en esta última el responsable causa en forma personal y directa el daño, en la primera dicho daño es causado por un tercero (directamente responsable) por quien debía responder el demandado (civilmente responsable)"¹⁷.*

¹⁶ C.S.J. Sentencia de Octubre 4 de 1945. G.J. LIX, Número 1135.

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

Sin embargo, bien vistas las cosas, pese a que el daño en forma física es causado por un tercero, lo cierto es que en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, el legislador sanciona también el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva.

En ambos tipos de responsabilidad el comportamiento activo u omisivo del demandado, es el fundamento de la responsabilidad. Lo que convierte la responsabilidad en directa o en indirecta, es el hecho de que el daño sea o no realizado en forma personal por el demandado.

Según el profesor **GILBERTO MARTINEZ RAVE**, en Colombia para que surja a la vida jurídica la Responsabilidad por el hecho ajeno, es necesario que se den dos requisitos: a) Que se den los requisitos exigidos para la Responsabilidad Civil Extracontractual en la persona que está bajo la vigilancia y cuidado de la otra. Es decir que se reúnan los elementos constitutivos de la Responsabilidad Aquiliana. Y b). Es necesario que exista una relación de dependencia del directamente responsable con el obligado a indemnizar.

8.3. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO DE LAS COSAS.

Dado que nuestro Código Civil es "hijo" del Código Civil Francés o Código Napoleón, y éste fue promulgado en 1804, es decir, a principios del siglo XIX, cuando en la vida cotidiana los animales tenían la importancia que hoy la

tecnología les ha quitado; este, al igual que aquellos, regula con mayor precisión la responsabilidad emanada de los animales y le da menor tratamiento a la Responsabilidad Civil derivada por el hecho de las cosas.

Los artículos 2353 y 2354 de manera clara establecen la Responsabilidad Civil que nace por el hecho de animales domésticos y por animales feroces; de los artículos citados se desprende que, cualquier daño causado por los animales comprendidos en las normas; debe ser reparado por el dueño; la víctima sólo debe probar el daño, el nexo, la culpa se presume.

En cuanto a responsabilidad derivada de cosas inanimadas, nuestro Código Civil regula lo referente a la originada por ruina de edificio, la originada por un edificio con vicios de construcción y la ocasionada cosas que caen de un edificio, en los artículos 2350, 2351 y 2354 respectivamente, al igual que en el caso de la responsabilidad por el hecho de los animales, a la víctima sólo le compete demostrar el daño y el nexo, la culpa se presume.

Del estudio de las normas en comento se puede inferir que el obligado a responder civilmente es el dueño; pero el propietario puede transmitir esa responsabilidad si ha dado el edificio en arrendamiento, o si lo ha entregado en usufructo o en habitación con la obligación de responder por las reparaciones a que hubiere lugar, es decir, responder por el mantenimiento o conservación del bien evitando así los daños causados por la ruina y en caso de presentarse, el

dueño puede una vez haber indemnizado a la víctima, repetir contra el arrendatario, usufructuario o habitador.

El profesor **JAVIER TAMAYO JARAMILLO**, propone una teoría la cual es apoyada por el Dr. **GILBERTO MARTINEZ RAVE** y consiste en que en el artículo 669 del Código Civil está la norma necesaria para establecer la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada del uso de las cosa, ya que establece que el propietario puede gozar y disponer del dominio del bien, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

8.4. RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS O RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Don **ANDRES BELLO** tomó del Código Napoleón para realizar el proyecto del Código Civil nuestro, en ese tiempo (1804), la sociedad no disponía del avance tecnológico con que se cuenta hoy, el cual hace necesario el empleo de máquinas, energías y procedimientos que aunque son para el beneficio de la sociedad pueden producir daños al hombre o su patrimonio; esas actividades producidas por el avance tecnológico; es lo que la jurisprudencia y la doctrina ha denominado actividades peligrosas.

El legislador no reguló la Responsabilidad Civil por la actividades peligrosas; pero estas al producir daños, hizo necesario que la jurisprudencia interviniera regulando dichos efectos; es así como desde 1938 la Corte Suprema de Justicia empezó a

estructurar la teoría de la Responsabilidad Civil por Actividades Peligrosas, basándose en el artículo 2356 del Código Civil Colombiano.

En la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, a la víctima sólo le es dado probar el daño y el nexo causal, el demandado solamente se puede liberar probando causa extraña; lo que significa que se está frente a una Responsabilidad Objetiva; al respecto dice el Doctor **JAVIER TAMAYO** *"Con todo, es preciso admitir que, en la práctica, la responsabilidad por actividades peligrosas, en la medida que solo le exige a la víctima probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado y que este solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, está consagrando una responsabilidad sin culpa. Si conservamos la idea de culpa es por respeto al derecho escrito que es la base de nuestro orden jurídico. Si el artículo 2356 del Código Civil habla de daños imputables a malicia o negligencia del demandado, es lógicamente imposible renunciar a la culpa como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia nacionales hablan de presunción de culpa.*

Aunque en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina nacionales hayan condenado la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, lo cierto es que ella, así haya sido por vía doctrinal y filosófica, ha sido inspiradora de nuestra jurisprudencia.

En la práctica, es lo mismo para la víctima y para el demandado afirmar que en las actividades peligrosas hay una responsabilidad objetiva puesto que el demandado solo se exonera probando una causa extraña, que afirmar que estamos ante una presunción de culpa que solo se desvirtúa probando esa misma causa extraña. Para efectos prácticos, la carga probatoria es la misma"¹⁸.

9. MEDIOS DE DEFENSA DEL CAUSANTE DEL DAÑO.

Hasta ahora se ha tratado como se incurre en Responsabilidad Civil ya sea Contractual o Extracontractual por la producción de un daño, en este acápite será tratado como puede el causante del daño exonerarse de Responsabilidad; para lo cual se le dará tratamiento a la causa extraña.

9.1. CAUSA EXTRAÑA

Se entiende por causa extraña toda causa del daño diferente a la conducta del demandado. Debido a esta causa extraña el demandado no responde; pero para poder exonerarse debe probar la existencia de dicha causa interviniente.

La causa extraña se ha definido de diversas maneras, pero una de las más aceptadas por la doctrina es la hecha por el profesor **BORIS STARCK** citado por el Doctor **JAVIER TAMAYO JARAMILLO** en el tomo II de su obra "De la

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Op. Cit.

Responsabilidad Civil", como "*el evento irresistible, imprevisible y extraño o exterior al deudor*".¹⁹

De la anterior definición se infiere que dicha causa debe ser irresistible, esto es, que el demandado, como cualquier persona normal, en condiciones normales, no tenga la capacidad física y moral de resistirla; y para establecer esas condiciones, le corresponde al funcionario judicial, en cada caso.

Continuando con el análisis de la definición se precisa establecer el alcance de la palabra "imprevisible", que es aquello que no se puede imaginar que ocurra; la Corte Suprema de Justicia, lo ha definido como algo que "*no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia*".²⁰

La imprevisibilidad no es término absoluto ya que, como en el caso de la irresistibilidad, en cada caso concreto, el juzgador, de acuerdo con lo probado podrá determinar si el hecho es o no imprevisible. Prosiguiendo con los vocablos usados en la definición, es preciso revisar la expresión "Extraño" lo que significa que el daño debe ser ajeno a los deberes jurídicos del demandado.

La causa Extraña se considera como el genero que engloba a las especies que la conforman; a saber: **a).** El hecho de la víctima. **B)** Fuerza mayor o caso fortuito y **c).** El hecho de un tercero.

¹⁹ STARK, Boris. Citado por TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. Pag. 90 Tomo III.

²⁰ C.S.J. Sentencia de mayo 26 de 1.9936. G.J. Tomo XLIII.

9.1.2. EL HECHO DE LA VICTIMA.

Es claro que el demandado se puede librar de indemnizar o reparar el daño causado, cuando en éste se puede demostrar procesalmente la causa extraña, y dentro de esta está el hecho de la víctima, es decir cuando sólo se le puede atribuir a ésta última el acaecimiento del siniestro; y este hecho de la víctima puede ser total o exclusiva, en ese caso no habrá lugar a pago alguno; pero habrá lugar al pago parcial cuando en el proceso se logre demostrar el hecho concurrente de la víctima y del victimario, tal como lo regula el artículo 2357 del Código Civil Colombiano.

En tratándose del hecho exclusivo de la víctima, el legislador no reguló nada al respecto, sino que fue la jurisprudencia con la ayuda de la doctrina, la que aplicando principios generales de la responsabilidad y del derecho ha regulado en tales casos.

Para que se libere al demandado de responsabilidad total o parcial por el daño causado, el daño o resultado debe tener un nexo de causalidad, necesario y eficiente con la causa y además, el hecho imputable a la víctima no debe tener relación con el demandado, esto es, no debe el demandado haber provocado el hecho que le imputa ahora a la víctima.

9.1.3. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

La doctrina tanto nacional como extranjera han tratado de distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor, lo que ha suscitado una polémica bastante pródiga y que, en algunos casos, puede producir confusión en aquellas personas no iniciadas en asuntos jurídicos.

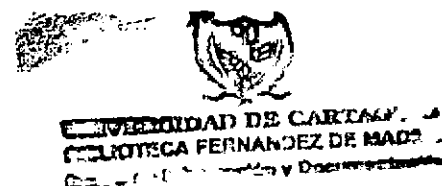
En el caso nuestro (Colombia), no existe confusión al alegar caso fortuito o fuerza mayor, porque el artículo 64 del Código Civil no hace diferencia, sino que les da sentido idéntico siempre que tales hechos no le sean imputables al demandado.

9.1.4. EL HECHO DE UN TERCERO

Es de elemental sentido común, que si en el proceso se logra demostrar que el daño fue causado por el hecho de tercero, el demandado no responderá por ello; por lo que se puede predicar que se está frente a una causa extraña.

Para que una persona sea considerada como tercero causante del daño es necesario que entre el demandado inicial y el tercero no exista vínculo Jurídico alguno.

Cabe anotar que si el daño es producido por el hecho del demandado y el hecho de un tercero, se estará frente a la solidaridad que establece el artículo 2344 del Código Civil.



9.2. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.

Es este un tema que corresponde esencialmente al Derecho Penal. Como se dejó dicho al principio del capítulo de Responsabilidad Civil, en ciertos delitos, al declararse al procesado culpable y quedar en firme la sentencia, también debe responder el condenado civilmente por los daños causados por el la conducta punible.

El artículo 32 de la ley 599 de 2000 o nuevo Código Penal, establece que aunque el hecho se le impute materialmente al implicado, no lo es desde el punto de vista jurídico y por lo tanto al no responder penalmente, tampoco responderá civilmente.

Es menester aclarar, que la ausencia de Responsabilidad deberá ser decretada por el funcionario judicial que conoce del caso y la respectiva providencia es necesario que quede debidamente ejecutoriada.

9.3. LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

En tratándose de la solidaridad en Responsabilidad Civil es menester establecer si se trata de Responsabilidad Civil Extracontractual , una vez establecido si se trata de Responsabilidad Civil Contractual , precisar si se refiere a una obligación civil o comercial, porque de acuerdo con ello se aplicará la norma pertinente.

En material civil el artículo 1568 del Código Civil establece como, regla general, que si varias personas se obligan y está obligación es sobre cosa divisible, cada uno responderá por su cuota parte, mientras que en su segundo inciso establece que la obligación es solidaria o *in solidum* sólo si ha convenido en ello.

En tratándose de obligaciones comerciales, el artículo 825 del Estatuto Comercial establece que cuando son varios los deudores se presume que la obligación es solidaria.

La solidaridad en materia de responsabilidad Civil Extracontractual, está regulada por el artículo 2344 del Código Civil, que establece que en caso de delito o culpa cometida por varias persona, la responsabilidad es solidaria; es decir, la víctima puede exigir a uno solo de ellos la totalidad de la reparación del daño, exceptuado los daños cometido por edificios en ruina, cuando el bien es de varios y el daño causado por objetos que caen de edificios.

CAPITULO III

En el capítulo I se hizo un estudio del Contrato de Seguro en el que se abordaron temas interesantes por su frecuente aplicación y por la dificultad en su interpretación, como el tema de esta investigación es de La Responsabilidad Civil y el Contrato de Seguro, es obligatorio disertar sobre la teoría de la Responsabilidad Civil, lo que se realizó de manera sencilla y clara permitiéndole a lectores no abogados comprender una temática bastante compleja aún para los profesionales del derecho; en este capítulo III se entrará a hacer un esbozo sucinto de Los Seguros de Responsabilidad Civil, tema éste no tratado con la atención que amerita dada su relevancia en la actividad económica.

1. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1.1. REGULACIÓN LEGAL.

La evolución que ha tenido la institución denominada Responsabilidad Civil, ha sido de mucha importancia jurídica, más considerando el avance manifestado por la ciencia y la tecnología, sin embargo, el legislador colombiano se ha quedado rezagado en tratándose de regular lo concerniente a los seguros de Responsabilidad Civil.

El actual Código de Comercio regula el tema de los seguros de Responsabilidad Civil en sólo 7 artículos, los comprendidos entre el 1127 y 1133.

1.2. DEFINICIÓN.

El seguro de Responsabilidad Civil, es aquel mediante el cual, el asegurado traslada al asegurador el riesgo, consiste en una probabilidad de causar daño a un tercero por culpa de él o por actividades peligrosas.

2. EVOLUCIÓN.

Los Códigos de Comercio del siglo pasado como el Código de Comercio Terrestre, no reglamentaban el seguro de Responsabilidad Civil ni siquiera hacían alusión al respecto. Ese vacío legal se debía al concepto demasiado estrecho que entonces se tenía sobre el riesgo, según el cual este era sinónimo de azar, de caso fortuito. La responsabilidad empero implica la culpa, y este es un hecho personal, incompatible con la noción de caso fortuito, por lo tanto, el anterior Código de Comercio prohibía al asegurador constituirse responsable de los hechos personales del asegurado. Sin embargo, los hechos desbordaron la anticuada prohibición legal y hasta 1971 se permitió, con autorización de la Superintendencia Bancaria, otorgar seguros de Responsabilidad Civil.

Al evolucionar en la doctrina el concepto de riesgo, hasta concebirse como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado, únicamente el dolo y los actos potestativos del asegurado escaparon a la protección del seguro, así lo concibió el legislador nuestro, lo que le permitió

plasmar ese avance doctrinal en el actual Código de Comercio; pero con todo y eso, la regulación no fue la mejor, ya que no estuvo a tono con la legislación extranjera que era más acorde con la realidad; por ejemplo, no se permitió asegurar la culpa grave, tal como está permitida en países como México y la Argentina, por sólo mencionar a estos dos países Latinoamericanos.

Pasados 20 años, la Ley 45 de 1990, que modificó algunas normas del actual Código de Comercio, introdujo avances significativos en materia de seguros de Responsabilidad Civil, permitiendo entre otras cosas asegurar la culpa grave, determinar cuando se entiende ocurrido el siniestro y la acción directa del damnificado contra el asegurador, cosa que estaba prohibida antes.

3. ASPECTO CONCEPTUALES.

En la medida que ha evolucionado la sociedad gracia a los avances de la ciencia y de la tecnología, en igual medida ha evolucionado la Responsabilidad Civil, ya no sólo se asegura el daño por el hecho propio de la actividad como persona, sino que se va más allá asegurando una serie de actividades, las cuales en los tiempos promulgación del Código Napolenico eran impensables.

En la actualidad es posible asegurar el ejercicio de diversas profesiones y aun sabiendo que en el ejercicio de algunos de ellos se puede causar lesiones, como es el caso de la Responsabilidad Médica, también es posible asegurar actividades que se sabe por datos del Estado mismo, que producen lesiones y hasta la muerte

misma en altos índices, como es el caso de la conducción de automóviles, es posible asegurar actividades consideradas peligrosas que de alguna manera hacen posible el desarrollo de las actividades cotidianas de la sociedad, es decir, se trata de actividades indispensables para el desarrollo social que pueden producir daños y que son indispensables, pero para morigerar el alto costo que se generaría al indemnizar por los daños causados, el productor traslada ese riesgo al asegurador. Así las cosas se puede decir con seguridad, que los seguros de Responsabilidad Civil, son necesarios, o mejor indispensables para poder seguir haciendo uso de toda esa gama de adelantos tecnológicos propios de la sociedad actual, tanto es así, que el Estado ha contemplado el uso obligatorio de algunos seguros, tal como se verá en el acápite correspondiente.

3.1. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO SEGURO DE DAÑOS.

De acuerdo con la clasificación que adopta el Código de Comercio en su artículo 1082, el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños porque, como anota Garrigues, "daño es el gravámen que para un patrimonio significa la responsabilidad de su titular". Pero dentro de los seguros de daños no se le puede clasificar como seguro de daño reales o de cosas sino como seguro de daños patrimoniales, pues su finalidad es proteger el patrimonio del asegurado contra eventuales obligaciones derivadas de una responsabilidad contractual o extracontractual.

3.2. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO SEGURO DE PASIVO O DE DEUDAS.

En el seguro de responsabilidad civil el riesgo asegurado no es otro que la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado. Esta, empero, se traduce en la obligación de indemnizar al damnificado, vale decir, en un débito de responsabilidad que crea o aumenta el pasivo del responsable con la aparición del crédito a favor del damnificado. El fin último que persigue el asegurado con el seguro de responsabilidad civil es proteger su patrimonio contra el nacimiento o el aumento de un pasivo que amenace la estabilidad de su activo o le ponga fin. La causa del contrato observa es la indemnización del daño derivado de la aparición de un débito de responsabilidad. El seguro de responsabilidad es, pues, un seguro del pasivo.

En otras palabras, este seguro, es un seguro de deudas, pero como no ampara contra toda clase de deudas sino sólo contra aquellas que tengan por causa la responsabilidad del asegurado, se agrega que es un seguro de deudas de responsabilidad.

3.3. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA.

El artículo 1128, modificado por el artículo 85 de la ley 45 de 1990 establece que el seguro de responsabilidad civil, opera como seguro de defensa procesal con las limitaciones enumeradas en la misma norma.

Al respecto de seguros de responsabilidad civil como seguros de defensa procesal, los ilustres hermanos MAZEUD sostienen " *El seguro de responsabilidad es un contrato en virtud del cual el asegurador protege al asegurado contra las reclamaciones de las personas respecto de las cuales pueda comprometerse la responsabilidad del asegurado contra las consecuencias de dichas reclamaciones, a cambio del pago por el asegurado de una suma fijada de antemano, la prima, generalmente exigible por vencimientos periódicos. por lo demás poco importa que la demanda sea o no fundada. Basta que el demandante pretenda comprometer la responsabilidad del asegurado para que el asegurador esté obligado*". Por eso Picard y Besson nos dicen que en este seguro "puede haber siniestro en ausencia de responsabilidad del asegurado".²¹

4. LA ACCIÓN DIRECTA.

El artículo 87 de la Ley 45 de 1990 que modificó el artículo 1133 del Código de Comercio, reconoce la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al Asegurador de responsabilidad civil para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado. Este artículo ha extendido el derecho propio del perjudicado a todas las modalidades del seguro de responsabilidad civil, con un criterio progresista, lo que, en general, ha sido elogiado.

El reconocimiento del derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnización que pesa sobre el asegurado representa la

²¹ MAZEAU II/nos. Op. Cit.

culminación de un largo proceso dentro del seguro de responsabilidad civil, tendiente a tutelar de manera efectiva ese derecho.

Dentro del planteamiento tradicional del seguro de responsabilidad civil, el tercero perjudicado ajeno por completo al contrato carecía de un derecho directo frente al asegurador. Tenía un derecho contra el asegurado causante del daño, y el asegurado era titular exclusivo de cualquier pretensión frente al asegurador. La separación nítida de las dos relaciones jurídicas (la del tercero perjudicado frente al responsable asegurado y la de éste frente al asegurador) justificaba dogmáticamente como se ha dicho con acierto, la inexistencia de vínculo alguno entre víctima y asegurador. Pero esta pureza de concepciones jurídicas llevaba a un resultado práctico insatisfactorio, por lo que se buscaban medios a favor del tercero perjudicado acudiendo tanto a los remedios normales del derecho de obligaciones, como a la promulgación de algunas disposiciones especiales en el campo del derecho de seguros. Disposiciones que se encontraban presionadas por el hecho de que de que tras los sistemas industriales modernos, en el que los daños se incrementan tanto en su frecuencia como en su importancia, se quiere hacer prevalecer la pronta y eficaz reparación del daño con relación a su resarcimiento tradicional, lo que altera como es bien sabido la función preventiva de la responsabilidad civil para hacer pasar a primer plano el interés por la reparación del daño, para lo que se busca no simplemente la existencia del seguro, sino que el perjudicado pueda dirigir su acción directamente contra el asegurador y no sólo contra el responsable del daño.

El magistrado de la Corte Suprema de Justicia Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO, en un artículo publicado el número 8 de la Revista Ibero-latinoamericana de Seguros dice de la acción directa. " *por ello es por lo que entre nosotros el seguro de responsabilidad civil, en la actualidad, cumple dos importante e inescindible funciones, destacadas ampliamente por la doctrina comparada especializada (función dual) y, de suyo, acogidas por la "mens legislatoris". La primera de ellas: preservar el patrimonio del asegurado, el cual se puede ver expuesto a una afectación de naturaleza objetiva (función de indemnizar). Y la segunda indemnizar o resarcir los perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del daño generado por el asegurado (función de indemnización).*

Lo anterior ha contribuido a que el seguro de responsabilidad civil ya no se pueda considerar como el prototipo de los seguros por cuenta y a favor del asegurado, toda vez que la víctima, quien tiene ahora un interés reconocido en la indemnización debida por el asegurador, en lo sucesivo, es el sujeto llamado a percibirla. De ahí la incontrovertible calidad de beneficiario que le asignó la nueva ley (art. 1127, C.Co.), la víctima se constituye en el beneficiario de la indemnización, no por ello apropiada calificación legal, sobre todo por la peculiar naturaleza que inviste el seguro de responsabilidad civil. Esto explica suficientemente porque dentro del marco de los debates parlamentarios de la ley, expresamente se le haya considerado como contrato a favor de tercero,



transformación que, a juicio de los legisladores, justificaba plenamente la incorporación de la acción directa en el seguro colombiano".²²

5. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

En el contrato de seguro de Responsabilidad Civil intervienen las mismas personas que lo hacen en cualquier contrato de seguro, trátase de seguro de daños o de personas, las partes son el Tomador y el asegurador, además el asegurado, que en muchos casos puede ser el mismo Tomador, y por último el beneficiario, el cual es una persona indeterminada, pero determinable, esto al momento de producirse el siniestro. Como en todo contrato de seguro puede intervenir también el intermediario y de ser necesario por la magnitud del siniestro, el ajustador de seguros.

6. ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Los atributos del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil, son los mismos del contrato de seguros, es decir se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

²² JARAMILLO J. Carlos. Revista Iberoamericana de Seguros N°8. Universidad Javeriana. Bogotá, 1996.

En tratándose de seguro de Responsabilidad Civil y en aquellos que son obligatorios no se les puede aplicar de manera absoluta el atributo de la consensualidad, debido a que la norma que los regula define las condiciones y fija también el monto del valor asegurado en cada caso.

7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Los elementos establecidos en el artículos 1045 del Código de Comercio son en su totalidad predicables al contrato de seguros de Responsabilidad Civil, sin embargo cabe hacer algunas diferenciaciones en cuanto al interés asegurable y al riesgo asegurable.

Refiriéndose al interés asegurable en los seguros de Responsabilidad Civil, es el patrimonio del asegurado que se vería afectando al indemnizar por una responsabilidad, esta es una posición de un sector de la doctrina, otro sector opina que es el patrimonio de la víctima el interés asegurable, en virtud de la acción directa establecida en el artículo 1133 del Código de Comercio.

En cuanto al riesgo asegurable en materia de seguros de Responsabilidad Civil es la Responsabilidad en que incurra el asegurado de acuerdo con la ley, según lo dispuesto por el artículo 1127 del Código de Comercio. en seguros de Responsabilidad Civil cabe anotar que aunque el artículo 1054 ibidem , define al riesgo asegurable como el "suceso incierto que no depende exclusivamente de la

voluntad del Tomador, asegurado o beneficiario" la culpa grave si es asegurable, así está establecido en el inciso final del artículo 1127 ibidem.

8. LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

8.1. TEORÍA DEL HECHO DAÑOSO, O DE LA OCURRENCIA

Fue la adoptada por el Código de Comercio Colombiano de 1971. En ella se identificada la ocurrencia del siniestro con el acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado. El legislador del 71 confundió, o asimiló la causa con el efecto.

Lo importante para él es la circunstancia fáctica original, el hecho dañoso, la causa del futuro daño, no su materialización, ni su manifestación real, sino una situación jurídica consistente en que el patrimonio del responsable queda gravado, con la obligación de indemnizar, desde el momento mismo en que se produce el hecho externo imputable al asegurado.

8.2. TEORÍA DEL DAÑO.

En ésta tesis se parte del supuesto de que el siniestro ocurre cuando se origina la deuda de responsabilidad y tal débito no se produce si no se concreta el daño. Por supuesto que el surgimiento del daño es un momento difícil de determinar y ha

sido objetos de una particular reflexión en materia del seguro de responsabilidad civil, por productos defectuosos, médica y contaminación, entre otros. Lo anterior debido a los largos periodos que preceden a la manifestación de las pérdidas, recuérdese el uso del medicamento antiabortivo Distilbene o DES, comercializado por un número considerable de laboratorios farmacéuticos cuyas consecuencias se percibieron doce o quince años después.

8.3. TEORÍA DE LA CUANTIFICACIÓN O LIQUIDACIÓN DEL DAÑO.

Para los defensores de ésta tesis el siniestro se produce cuando se liquida el monto de la obligación, no consideran daño el nacimiento de la deuda de responsabilidad. Se exige la determinación del quantum. Obsérvese sin embargo que no solo de los elementos cuantitativos pende el deber de indemnizar. Este se encuentra determinado por un presupuesto fundamental la existencia de la responsabilidad legal.

8.4. TEORÍA DEL RECLAMO.

En ella se expresa que el siniestro se produce cuando el tercero le formula el reclamo al asegurado, ha sido defendida por la doctrina alemana, francesa, española y parte de la argentina. Para los franceses, el daño solo se concreta con el reclamo judicial o extrajudicial del perjudicado porque, así éste carezca de fundamento, obliga al asegurado a defenderse.

Téngase en cuenta que la teoría que aquí se resume, también ubica el siniestro en un momento diferente al del acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado y que éste se produce aún, sin que medie responsabilidad de su parte. Finalmente nótese que resulte lamentable abandonar a la suerte dejando al arbitrio de la víctima, radicando en cabeza del tercero, la facultad de determinar cuándo se produce el daño.

Por otra parte, con fundamento en ella hizo carrera, en el mercado nacional e internacional del reaseguro y del seguro, la inserción de las cláusulas Claims Made, y no obstante, sus numerosos adeptos, también, ha sido objeto de sustanciales críticas a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Finalmente, importa considerar que contra esta tesis se ha argumentado también que el objetivo de éste seguro no es, de manera exclusiva, el de proveer a la defensa procesal del asegurado, sino pagar los perjuicios en que éste incurre con motivo de determinada responsabilidad civil, para evitar su menoscabo patrimonial.

8.5. TEORÍA DEL PAGO.

Según ésta postura, el siniestro surge cuando el asegurado, en forma previa, resarce los perjuicios del tercero, la cobertura opera por reembolso; ha sido muy criticada por cuanto en los eventos de insolvencia del asegurado el siniestro no

ocurriría y éste se encontraría impedido para exigirle, al asegurador, el cumplimiento de la obligación.

8.6. TEORÍA DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA.

Para los defensores de ésta teoría la existencia del siniestro se encuentra sujeta al pronunciamiento judicial y más concretamente a la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad del asegurado. Como se observa, en ella también se registra la ocurrencia del siniestro, por lo demás de manera arbitraria, en un momento posterior.

En efecto, el hecho, siempre, se produce con antelación al reclamo, y, por supuesto también, es previo a la decisión proferida por el juez, cuyo contenido es, simplemente, de carácter declarativo, no constitutivo.

8.7. TEORÍA DEL HECHO COMPLEJO.

El doctor Efrén Ossa rechazó estas teorías cuando sostuvo que la integridad del siniestro, en el seguro de Responsabilidad Civil, no se produce sólo con el daño se requiere de un hecho- causa-y de un daño- efecto-, pudiendo el hecho ocurrir durante la vigencia y concretarse, la consecuencia del mismo, con posterioridad a su expiración.

El maestro, Fernando Hinestrosa señala también que la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil es, entonces, el resultado de un proceso

complejo, de un fenómeno variante que se empieza a hacer sentir con el acaecimiento del hecho externo.

La crítica mayor que afecta a ésta teoría es la que señala que no es lógico sujetar la consolidación del siniestro al agotamiento de todas y cada una de las etapas que integran el evento complejo.

Ciertamente, lo importante es reconocer que sí se trata de un fenómeno complicado motivo por el cual es, en consideración a las particularidades propias de esta modalidad asegurativa que se debe adoptar una postura acorde con la necesidad de darle seguridad a las relaciones jurídicas surgidas de este contrato. Lo anterior nos obliga a consultar la realidad del riesgo en la era tecnológica y dada la distancia temporal entre la causa y la aparición de la secuela, a generar mecanismos jurídicos que nos permitan asumir por ejemplo que, este acaece, a partir de la primera manifestación comprobada del daño y definir, a partir de allí, un plazo para la formulación del reclamo. En efecto, mientras no haya surgido esa concreta expresión de la pérdida sufrida cómo obligar al damnificado a formular el reclamo? , y por otra parte habiendo ella surgido cómo dejar al arbitrio de la víctima la posibilidad de que reclame sin limitaciones.

No obstante la pretendida simplicidad con la que se ha esbozado aquí las diferentes teorías, la problemática, para determinar, en los seguros de responsabilidad civil y de manera particular, en el actual proceso económico

industrial, cuándo se entiende ocurrido el siniestro, como los mal llamados "efectos secundarios", sigue latente.

Tal ejercicio es mucho más complicado de lo que a primera vista parece, las dificultades fácticas que nos impiden establecer el momento exacto en que se produce el daño, son verdaderamente traumáticas. En efecto, éste suele integrarse, a partir de una serie de sucesos, de una manera escalonada por lo que se convierte en un verdadero rompecabezas, cuantificar el siniestro, establecer la relación causal y atribuir la responsabilidad.

9. CLAUSULAS CLAIMS MADE

9.1. SURGIMIENTO DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE.

Las diferentes posiciones doctrinarias frente a lo que se entiende por siniestro en seguros de Responsabilidad Civil, generó en el pasado una serie de confusiones al tratar de aplicar la norma de la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio; si se pretendía entender por siniestro la reclamación, se hacía necesario que las aseguradoras no pudieran disponer de las reservas técnicas por un lapso de 20 años, tiempo establecido en el Código Civil, para la aplicación de la prescripción extraordinaria (art. 2533), hecho este que sería demasiado oneroso para el sector asegurador, lo que desdibujaría el sentido mercantil de tal actividad.

El artículo 4 de la Ley 389 de 1997 solucionó de una vez las confusiones habidas al respecto y dio paso a que en el contrato de seguros se conoce como las cláusulas Claims Made.

Del surgimiento de las cláusulas Claims Made, dice, el ilustre tratadista Dr. Andrés Ordóñez Ordóñez, *"la búsqueda de solución a los problemas que plantea el siniestro en el seguro de responsabilidad civil para los aseguradores y que hemos hecho consistir básicamente en la persistencia de su compromiso frente al asegurado durante lapsos muy considerables y posteriores a la finalización de la vigencia de las pólizas, bajo el entendido de que el siniestro es cualquier hecho dañoso que se produzca en el periodo de vigencia de la póliza, independientemente de cuando la víctima procede a formular su reclamación, han llevado al planteamiento de las cláusulas Claims Made , a través de las cuales y sin duda con fundamento en la consideración de que doctrinariamente se ha sostenido con argumentos serios que el siniestro en este tipo de seguro consiste en la reclamación de las víctimas y no en el hecho dañoso en sí, se han incluido en las pólizas, bajo la forma de cláusulas limitativas de cubrimiento, estipulaciones mediante la cuales el asegurador sólo asume la atención de siniestros respecto de los cuales la reclamación de la víctima se produzca dentro del término de vigencia del contrato o dentro de un periodo determinado con posterioridad a esa vigencia. Ese es el principio básico de las cláusulas Claims Made"*²³.

²³ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. El Contrato de Seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1.998.

9.2. ANÁLISIS DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE.

En el numeral 8 de la Revista Latinoamericana de Seguros, el ilustre profesor chileno Dr. OSWALDO CONTRERAS STRAUS, hace un análisis que bien merece transcribirlo: *"En síntesis la cláusulas Claims Made, consiste en una estipulación en virtud de la cual las partes en el contrato de seguros pactan que sólo están cubiertos los siniestros que, no sólo hayan ocurrido, sino que también hayan sido reclamados a la compañía aseguradora, dentro del término cronológico de vigencia de la póliza.*

En consecuencia, sólo están cubiertos los siniestros que no sólo ocurran sino que, además, sean comunicados a la compañía durante la vigencia de la póliza..

Si bien es cierto una cláusula de esta naturaleza podría estamparse en cualquier tipo de seguros, usualmente se la introduce en las pólizas de seguros de responsabilidad civil y es justamente en ellas, donde presenta los problemas que pretendemos exponer aquí.

En efecto, en la mayoría de los seguros de daños y particularmente en los seguros de daños de cosas, conocidos comúnmente con el nombre de seguros reales, la estipulación de una cláusula de esta naturaleza no produciría en principio mayores problemas, porque usualmente el asegurado toma conocimiento de la ocurrencia del siniestro de inmediato, por lo que estará en condiciones de reportarlo a la compañía dentro de un plazo breve; de suerte que la exigencia de hacer dicho

trámite dentro del plazo de vigencia de la cobertura no representará para él una gran amenaza para sus derechos.

Pero en el caso de la responsabilidad civil profesional el desconocimiento del siniestro suele ser más común.

Como ya hemos dicho, generalmente el profesional trata de ejecutar las cosas conforme a los conocimientos de la ciencia o arte que profesa y, además, cree que lo ha hecho bien; de modo que en la inmensa mayoría de los casos él ignora, cuando termina de ejecutar el servicio que se le ha encargado, que, justamente durante su ejecución pueda haber ocurrido alguna circunstancia generadora de su responsabilidad civil ".²⁴

En todas estas situaciones, el efecto que se produce como consecuencia de la aplicación al seguro de responsabilidad civil de la cláusula Claims Made, consiste en que el asegurado que ignora la "incubación de un siniestro" se ve privado de la cobertura contratada sin que pueda bastar para evitarlo, el que ponga su máximo empeño.

De hecho, la no aplicación de la cláusula Claims Made en los seguros de responsabilidad civil profesional significa llevar la vigencia de la póliza a un plano de indefinición total.

²⁴ CONTRERAS TRAUS, Oswaldo. Op. Cit.

En el caso Colombiano lo permitido según el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, son los reclamos hechos en la vigencia de la póliza, y después de la vigencia con un mínimo de 2 años. El texto de la norma es el siguiente: *"En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Asimismo, se podrán definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad, siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años"*.

De la interpretación de la norma se puede inferir, que en seguros de Responsabilidad Civil, se puede reclamar en la vigencia de la póliza aun por siniestro ocurridos con anterioridad y los ocurridos durante la vigencia se pueden reclamar después, según se pacte en el contrato, pero con un mínimo de 2 años, es decir, la cláusulas Claims Made no pueden limitar el tiempo de la reclamación a menos de 2 años.

De la interpretación de la norma también se puede predicar que en virtud de ella es asegurable el Riesgo Putativo de que habla el artículo 1706 de Código de Comercio y sólo aplicable al seguro marítimo.

Pero para que sea válido el amparo de siniestros ocurridos antes de la vigencia es necesario que el asegurado desconozca de su existencia lo mismo el asegurador.

A continuación expondré un ejemplo de cláusula Claims Made en un contrato de seguro de Responsabilidad Civil de una aseguradora Colombiana

SINIESTRO:

Es todo hecho externo, accidental, súbito, repentino e imprevisto acaecido durante la vigencia de la póliza y que haya causado un daño que pueda dar origen a una indemnización de responsabilidad civil amparada por esta póliza, reclamada en un plazo máximo de dos (2) años después de finalizar la vigencia. (SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.).

Como se puede observar en esta cláusula, la reclamación se limita a los siniestros ocurridos durante la vigencia y hasta dos años después, con ello se restringen de manera clara los reclamos por siniestros ocurridos antes de la vigencia y hacia el futuro sólo se permite hasta dos años, es decir, el mínimo permitido por la norma.

9.3. VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE.

Antes de la promulgación de la Ley 389 de 1997, la validez de las cláusulas Claims Made era bastante discutida, como lo es actualmente por la doctrina extranjera, ya que en muchos países no se ha legislado al respecto y ha sido la jurisprudencia de las altas Cortes a la que le ha correspondido pronunciarse en lo

referente a la validez de la citadas cláusulas, como en su momento lo hizo la Corte de Casación Española.

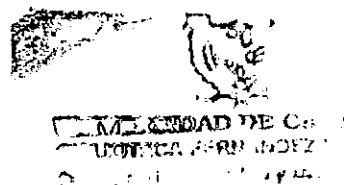
Como quedó dicho, en Colombia la solución se dio con la promulgación de la Ley 389 de 1997, que también modificó a los artículos 1036, 1046 y de párrafo único del artículo 1047 del Código de Comercio; el artículo 4 de la citada Ley permite pactar las cláusulas Claims Made, dándoles validez jurídica.

9.4. MODALIDADES DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE.

El doctor ANDRES ORDÓÑEZ en su obra titulada El Contrato de Seguro, enumera las modalidades posibles de las citadas cláusulas de la siguiente manera:

"Las cláusulas de limitación temporal de cobertura pueden ser de varias clases.

- a). *Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso y su aviso al asegurador se produzcan dentro del término de vigencia del contrato.*
- b). *Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso, su aviso al asegurador y la declaración de la víctima se presenten dentro del término de vigencia del contrato.*
- c). *Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso se produzca dentro de la vigencia del contrato de seguro y que le reclamación del tercero se lleve a cabo dentro de esa vigencia o dentro de un término posterior al hecho o a la terminación de la vigencia del contrato.*



d). *Cláusulas que hacen depender la cobertura simplemente de que la reclamación del tercero se presente dentro del término de vigencia o dentro de un período posterior al hecho mismo o al término de vigencia del contrato, incluyendo hechos que hayan podido acaecer antes de la vigencia del contrato de seguro y sobre los cuales o sobre cuyas consecuencias dañosas el asegurado no tuviere conocimiento. Este tipo de cláusulas se caracterizan por su especial singularidad de implicar un cubrimiento de tipo retroactivo que no se encuentra en las demás modalidades, en tanto que se extiende a cubrir hechos anteriores a la vigencia del contrato de seguro".²⁵*

De seguro que en las modalidades enumeradas anteriormente no están todas ya que la Responsabilidad Civil evoluciona con la sociedad y de igual manera lo hace el seguro de Responsabilidad Civil lo que indiscutiblemente lleva a que se den nuevas o diferentes modalidades.

10. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

10.1. SEGUROS DE CUMPLIMIENTO.

Bajo esta forma la Compañías de Seguros han venido asumiendo la responsabilidad originada en el incumplimiento de contratos, el retardo en su cumplimiento o su cumplimiento imperfecto bajo modalidades tales como garantizar el manejo de los anticipos en dinero o en especie a que se entregan a

²⁵ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andres. Op. Cit.

los contratistas (Muy usual en los contratos de obras públicas), garantizar su cumplimiento oportuno, la cláusula penal y la estabilidad de la obra contratada. Bajo cualquiera de las modalidades, particularmente las de cumplimiento, cláusula penal o establecida de la obra, las Compañías no hacen sino asumir una responsabilidad limitada en lo que se considere una liquidación anticipada de los perjuicios.

De ahí, que si por incumplimiento del contrato se determina una responsabilidad superior a la suma asegurada, la Compañía solo responde hasta el monto asegurado y aún en exceso de la suma asegurada por los gastos del proceso promovido contra el contratista pero en proporción a la cuota que le corresponde en la indemnización tal como lo dispone el artículo 1.128 con las salvedades que en él mismo se establecen.

La póliza del cumplimiento garantiza al beneficiario, quien debe probar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, la protección contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales más no perjuicios de otro orden aunque se relacionen directa o indirectamente con el incumplimiento. Se establece en estos seguros, siguiendo reglas generales, que la fuerza mayor o caso fortuito liberatorios de la responsabilidad eximen de obligación a la Compañía y que en el caso de que no eximieran de responsabilidad darán derecho a una ampliación de plazo para ejecutar el contrario o al cambio de sus modalidades de acuerdo con las circunstancias especiales que la fuerza mayor o el caso fortuito hayan creado.

10.2. SEGUROS DE MANEJO.

Bajo ese tipo de pólizas se cubre la responsabilidad por el manejo de dinero o bienes en especie avaluables en dinero, cuyo manejo y cuidado es confiado a empleados bajo una relación contractual cualquiera. Contienen una cobertura de responsabilidad contractual, pues se determina la obligación del empleado o dependiente de responder por los bienes cuyo manejo le ha sido encomendado.

10.3. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

La actividad aseguradora acorde con las exigencias que le impone el desarrollo de la Sociedad ha aceptado asegurar algunas actividades profesionales, lo cual antes no era concebible habida cuenta de la creencia aquella de que el seguro no se inventó para servir de garante de las obligaciones del deudor contractual.

Actualmente se puede asegurar actividades profesionales como la medicina, que es la que más se asegura en virtud de las exigencias de tal requisitos exigido por la Ley 100 de 1993; también es posible asegurar otras profesiones que están, dentro de las llamadas ciencia de la salud, por las mismas exigencias.

10.3.1. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y HOSPITALARIA.

La vía civil ha fijado, como módulo rector de todo arte médico la llamada *lex artis ad hoc* que tiene en cuenta, a la hora de fijar la responsabilidad, las especiales

características del autor, de la profesión concreta, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente, y otros factores endógenos; la obligación contractual y extracontractual del médico es una obligación de medios, lo que supone que está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, pero no se obliga a obtener la curación (obligación de resultados), sino a poner en su actuación toda la actividad objetiva y no opera tampoco la inversión de la carga de la prueba; la mera relación causal material entre la intervención y la lesión no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo.

Esta precisión supone que el riesgo asegurado es el derivado del ejercicio de la profesión del médico (o explotación de centro sanitario) y no, por ejemplo, el derivado de la esfera privada (como cabeza de familia). El asegurado debe demostrar que la reclamación que se le dirige está relacionada exactamente con la actividad profesional o empresarial expresamente declarada en la póliza.

Primeramente en la póliza se indica que lo que se asegura o cubre, en el sentido arriba indicando, es la responsabilidad profesional en que puede incurrir el médico por daños causados tanto a pacientes como a terceros y que se deriven de errores u omisiones profesionales u organizativos.

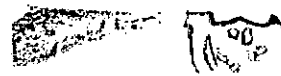
La póliza de Responsabilidad Civil, consiste en un entramado jurídico compuesto por condiciones generales, particulares y limitativas; su distinción es importante ya que:

- Deben redactarse de forma clara y precisa, destacándose, de modo especial, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, y subordinando su efectividad a una especial previsión en la póliza documentada y a una específica y expresa aceptación de las mismas por el interesado.
- Tanto unas como otras obligan al asegurado y, en su día, al perjudicado si se han cumplido los requisitos arriba indicados,
- Las generales no pueden tener en ningún caso carácter lesivo para el asegurado.
- Por último, todo lo pactado entre asegurador y asegurado, en lo que no este regulado imperativamente por la ley, constituye materia contractual, que tiene fuerza legal, respecto a la cual lo dispuesto en los códigos.

El contenido material de la póliza.

En la póliza de Responsabilidad Civil profesional existen una serie de delimitaciones técnicas que da vida al riesgo asegurado, diferenciándolo de otros.

Esta actividad profesional o empresarial se suele describir en la propia póliza indicando, por ejemplo, que se amparan aquellas reclamaciones por errores u omisiones en el tratamiento, en el desarrollo de la intervención quirúrgica; en la información a pacientes, familiares o autoridad competente sobre consecuencias de un determinado tratamiento o enfermedad; en la aplicación o entrega de medicamentos y productos farmacéuticos en general; en la prestación de primeros auxilios; por la tenencia o utilización de los necesarios aparatos e instalaciones



reconocidos por la ciencia médica; por el arrendamiento de quirófanos, camas, etc. para uso de sus pacientes; en la organización del centro de trabajo o consulta.

Junto a errores u omisiones propios, está también la responsabilidad por errores u omisiones propios, está también la responsabilidad por errores u omisiones que pueden tener su origen en actos del personal a su servicio, pero además. la póliza incluye la propia responsabilidad de éstos, de igual calidad que la del propio asegurado, lo que supone que médicos, enfermeras, etc. tiene también la calidad jurídica de asegurados, no pudiéndose, ejercitar contra éstos ningún derecho de repetición.

En el caso de un centro, con independencia de su carácter público o privado, se incluye, también, por un lado la responsabilidad empresarial exigible al hospital, clínica o centro asistencial por el personal médico, enfermeras, practicantes, personal paramédico y demás personas que presten sus servicios en el mismo por los daños que causaren en el desempeño de los cometidos que tuvieren asignados así como la responsabilidad directamente exigible a médicos, enfermeras, practicantes, personal paramédico y de más personas que, bajo relación de dependencia, presten sus servicios en el hospital, clínica o centro asistencial asegurado.

Secundariamente la póliza de Responsabilidad Civil, tiene unas delimitaciones del riesgo, recogidas en las condiciones particulares, con carácter de cláusulas limitativas como son:

- La delimitación cuantitativa, que es el límite de indemnización fijado en la póliza y que puede adoptar las siguientes modalidades:
- Suma asegurada por siniestro: la cantidad, fijada en la póliza, que el asegurador se compromete a pagar, como máximo, por la suma de todas las indemnizaciones, intereses y gastos correspondientes a un siniestro.
- Suma asegurada por un año de seguro: la cantidad, indicada en la póliza, que el asegurador se compromete a satisfacer, como máximo, por la suma de todas las indemnizaciones, intereses y gastos procedentes de daños ocurridos en el curso de un mismo año de seguro, con independencia de que dichos daños sean imputables a uno o varios siniestros.

11. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PRODUCTOS.

La Responsabilidad Civil por productos defectuosos es tal vez la rama de la responsabilidad civil que más ha evolucionado en las últimas décadas, debido, sobre todo, a la producción de bienes y servicios en masa, así como a la enorme cadena de intermediarios que intervienen desde la producción hasta el consumo final del producto o servicio. De otro lado, el mecanismo del seguro, al que tan habitualmente se acude con el fin de desplazar el riesgo de la responsabilidad, no siempre está dispuesto a prestar cobertura de todas las contingencias a que pueda dar lugar la mala calidad de un producto o servicio. Todo ello debido al enorme costo de la siniestralidad en la mayoría de los países desarrollados como

consecuencia de una concepción más generosa de los ordenamientos jurídicos en relación con las víctimas de dichos defectos.

La responsabilidad por productos se puede dar por un vicio redhibitorio, por mala calidad y eficiencia o por un defecto del producto.

El Código Civil Colombiano en el artículo 1915 establece con precisión la figura jurídica del vicio redhibitorio.

Pero puede suceder que el producto no preste la utilidad para la cual fue adquirido, así no haya de por medio un vicio oculto o redhibitorio. Es lo que ocurre con productos que inicialmente funcionan de manera adecuada, pero que luego de un cierto uso se vuelven inservibles. O que, simplemente, no funcionan como se esperaba.

Es ésta, generalmente, una responsabilidad objetiva, pues el vendedor está obligado a entregar al comprador un bien adecuado para la finalidad perseguida al momento de adquirir el producto.

Con miras al cumplimiento efectivo de dichas garantías, en algunos países se han introducido por vía legal o jurisprudencial una obligación previa de instrucción o información. De acuerdo con ella, el vendedor no solo está obligado a informar al comprador las condiciones de utilización de las cosas, sino también a averiguar

las reales necesidades del comprador, para verificar si el bien objeto de la venta se adecua a esas necesidades.

En general, este objetivo se alcanza mediante las llamadas legislaciones de protección al consumidor. Con ellas se pretende garantizar la buena calidad y eficiencia de los productos o servicios, a quienes sean sus consumidores o usuarios.

La responsabilidad por productos defectuosos está limitada a los accidentes personales o materiales que cualquiera persona.

12.SEGUROS OBLIGATORIOS

El Estado, en aras de salvaguardar intereses sociales o gremiales; ha legislado sobre seguros privados mediante la creación protecciones obligatorias, son ejemplos de algunos de estos seguros:

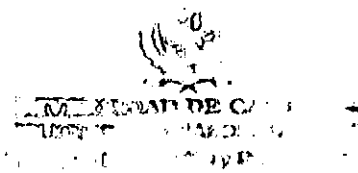
El más conocido y que se conoce con el nombre popular de "Seguro Obligatorio" es el SOAT, creado mediante Decreto 2544 de 1987 y que cubre a las víctimas de accidentes de tránsito con los amparos de gastos médicos, incapacidad permanente, muerte, gastos funerarios y gastos de transporte de victimas, para los amparos antes citados del SOAT existe una suma limite.

El artículo 994 del Código de Comercio, obliga a los transportadores de pasajeros y de carga a tomar una póliza de seguros que cubra a las personas y a las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

El Decreto 1726 de 1990, complementario del Decreto 1449 del mismo año, obliga a los transportadores de estudiantes a ampararlos mediante una póliza de seguro, la responsabilidad emanada del contrato de transporte por los daños que puedan sufrir las personas transportadas.

Para obtener la licencia de prestación del servicio de transporte para el turismo por medio de embarcaciones, el Decreto Reglamentario 2451 de 1986 obligó a las personas dedicadas a esta actividad a contratar una póliza de seguros con los amparos de gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, incapacidad permanente, muerte accidental y gastos funerarios, para cubrir los riesgos de daños corporales físicos causados a los pasajeros y los gastos que se deriven de la prestación de ese servicio, de acuerdo con el Reglamento 03 de 1990, expedido por la Dirección General Marítima del Ministerio de Obras Públicas de la época.

El Decreto Reglamentario 2689 de 1988 obligó a las empresas de transporte fluvial a contratar una póliza de seguro para amparar los riesgos inherentes a la navegación fluvial, por los daños o pérdidas que puedan ocasionar por causa de tal actividad, cuyos aspectos, al tenor de dicho Decreto, se regirán por lo



dispuestos en el Código de Comercio y en las demás disposiciones legales sobre la materia.

Las empresas nacionales de transporte marítimos, definidas como tales por el Decreto 2327 de 1991, están obligadas a tomar y mantener vigentes, mientras dure el contrato de arrendamiento de naves, las siguientes pólizas de seguros:

- . De protección para la carga que transporten por el 100% del valor comercial de la nave correspondiente;
- . De cumplimiento de las disposiciones legales sobre marina mercante y competencia desleal;
- . De contaminación marítima.
- . Seguros obligatorios de responsabilidad civil para transporte y almacenamiento de combustibles y gas propano.

Según el artículo 82 del Decreto Reglamentario 283 de 1990, todas las personas naturales o jurídicas dedicadas al almacenamiento, manejo, transporte, envase y distribución de petróleo, deberán mantener vigente una póliza de seguro de responsabilidad civil extra-contractual, que cubra los daños a terceros en sus bienes y personas, por el transporte y manejo de combustibles, con los límites mínimos de valores asegurados fijados por el mismo Decreto.

La comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante varias Decisiones, estableció las distintas modalidades de seguros obligatorios, que rigen para el transporte, tanto

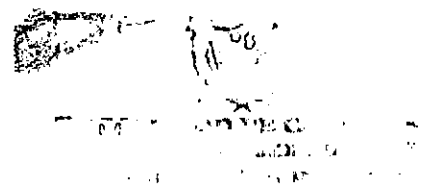
de pasajeros como de carga en el Pacto Andino. A continuación se presenta una síntesis de las principales:

La Decisión 257 de 1990 fijó requisito, para obtener el Certificado de idoneidad para el transporte de carga, la suscripción de una póliza, cuya cobertura sea válida en el territorio del País Miembro, que garantice el pago de las obligaciones derivadas de daños a terceros y a la tripulación empleada por el transportador, ocasionados por las operaciones del transporte de carga.

Por medio de la Decisión 289 de 1991, reglamentada por la Decisión 359 de 1994, la Comisión del Acuerdo de Cartagena exigió, a los interesados en el transporte de pasajeros, como condición para obtener el " Permiso Originario de Prestación de Servicios", la suscripción de una póliza de seguro con cobertura válida en el País Miembro, que les garantice a los pasajeros, a la tripulación y a los terceros, la indemnización por daños o perjuicios, que sufran como consecuencia de accidentes ocasionados en las operaciones de transporte de personas.

Para poder ser inscrito en el Registro de Operadores del Transporte Multimodal, el interesado estará obligado a suscribir una póliza de seguro, que garantice el pago de las obligaciones por pérdida, daños o retrasos en las entregas de mercancías, derivados de los contratos de transporte Multimodal.

. Seguros Obligatorios de Responsabilidad Civil para Empresa de Vigilancia Privada:



Por disposición del Decreto Ley 356 de 1994, para la expedición de licencias de funcionamiento, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad exige a las personas interesadas en la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, entre otras, la obligación de presentar una póliza de seguro de responsabilidad civil Extracontractual, que cubra los riesgos de uso indebido de armas u otros elementos de vigilancia y seguridad privada, por un valor asegurado no inferior a 400 salarios mínimos mensuales vigentes, expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada.

. Seguro Obligatorio para Empresas de Servicio Temporales:

La Ley 50 de 1990 impuso, a las empresas de servicios temporales, la obligación de "constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal vigente para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa".

. Seguro de vida Obligatorio para los Funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público:

El Estatuto Financiero, en su artículo 202, reglamentó el seguro obligatorio de vida para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y para las personas, que transitoriamente desempeñen funciones

jurisdiccionales, las cuales por causa o con ocasión del ejercicio de sus cargos, pierdan la vida o resulten inválidas o incapacitadas parcial o totalmente para el trabajo.

. Seguros Obligatorios de Vida y Salud para concejales:

La Ley 136 de 1994 creó, a cargo de los municipios, un seguro de vida equivalente a veinte (20) veces el salario mensual del alcalde y un seguro médico asistencial (salud) igual al que tiene el mismo funcionario, para los concejales titulares, que concurren ordinariamente a las sesiones de la corporación, seguros que podrán ser contratados por autorización de los Concejos municipales con cualquier compañía de seguros legalmente establecida en el país.

. Seguro Ecológico Obligatorio

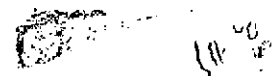
Este es uno de los seguros obligatorios de más reciente creación. La Ley 491 de enero 13 de 1999 creó la póliza, cuyos valores asegurados y condiciones generales de operaciones deberá reglamentar el gobierno nacional.

El seguro ecológico obligatorio estará a cargo de las personas naturales o jurídicas, que en ejercicio de sus actividades, puedan ocasionar daños al ambiente y requieran licencia ambiental para desarrollar tales actividades, y ampara los perjuicios producidos por daños al ambiente y a los recursos naturales.

CONCLUSIONES

El de seguro es el contrato más regulado dentro del título IV del Código de Comercio, ello debido a la importancia de este contrato en el mundo jurídico; pero por la estructura del presente trabajo no fue posible hacer un análisis de todas las normas que regulan a tal contrato; por lo que solo se hizo por tópicos, abarcando en ellos varias normas a la vez y haciendo énfasis en aquellos temas de más aplicación en la práctica, o que ofrecen mayor dificultad para su interpretación como son el de la consensualidad, característica esta reciente, por lo que data apenas de 1997 con ocasión de la promulgación de la Ley 389 del mismo año.

La consensualidad ha generado algunos problemas al interpretar lo establecido en el artículo 1046 del Código de Comercio al decir que el contrato de seguro se probará por escrito y por confesión, en cuanto a éste último medio de prueba su aplicación es bastante claro, pero en tratándose de "por escrito" algunos doctrinantes sostienen con alguna razón que se trata del principio de prueba por escrito, esto es todo escrito o escritos que de alguna manera lleven a establecer la existencia del contrato; por otro lado están quienes afirman que se trata en este caso del escrito o escritos que permita la plena identificación de las partes y la determinación del interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador, es decir los elementos del contrato de seguro.



1997 MAR 10 AMBROSIO 12 10 11

Con relación a lo establecido en el primer inciso del artículo 1046 del Código de Comercio, la ley 389 de 1.997 impuso una tarifa legal, práctica ésta que se creía desterrada de nuestro ordenamiento legal y que al decir del maestro DEVIS ECHANDÍA, " se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia" y que se presta a que se pueda pensar en una violación al debido proceso, puesto que, es más fácil para la parte dominante dentro de la relación, como lo es el asegurador, ajustarse a la tarifa legal, por lo que al no haber un escrito que pruebe la existencia del contrato y ocurrir el siniestro, en el interrogatorio puede negar la aceptación del riesgo que hizo en forma verbal, poniendo en desventaja a la parte débil que viene a ser el asegurado, que quedaría despojado de su derecho de ser indemnizado.

Por tratarse de una investigación en materia de derecho, se quiso darle cabida al tema de los aspectos procesales del contrato de seguro y en ello se hace una disertación acerca de la reclamación, la objeción, los diferentes procesos, y la prescripción y el llamamiento en garantía. Otro tema que se abordó fue el de la prescripción de las acciones emanadas del contrato de seguros, pero esto fue solucionado de manera justa por la jurisprudencia nacional en reciente fallo de mayo de 2000.

Como se trata de una investigación bibliográfica sobre la Responsabilidad Civil y el Contrato de Seguro; es obligatorio darle tratamiento a la Teoría de la Responsabilidad Civil, lo cual se realizó de manera clara y sencilla debido a que la monografía va dirigida también a personas que no tienen la formación de

abogados, de tal manera que se hizo un esbozo de la definición de lo que es la responsabilidad hasta llegar a los medios de defensa, pasando antes por los Fundamentos, Los Elementos de la Responsabilidad Civil, La Responsabilidad Civil Contractual, La Responsabilidad Civil Extracontractual

Al llegar a los Seguros de Responsabilidad Civil se quiso hacer especial énfasis en este tema debido a que los doctrinantes nacionales no le han prestado la atención debida a una materia tan importante como esta; Además de abordar los tópicos comunes a todos los contratos, se hizo especial hincapié en el tema de la ocurrencia del siniestro dándole cabida a todas las teorías al respecto, necesario esto para darle paso a la prescripción de la acción emanada del contrato de seguros de responsabilidad civil, y lo que se denominan Cláusulas Claims Made, las cuales surgieron en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1.997 y a partir de entonces han recibido toda serie de críticas ya que su inclusión en los contratos de seguros de responsabilidad civil se considera lesiva a los intereses del asegurado.

Cabe resaltar que no obstante la gran importancia que reviste el Contrato de Seguro en la vida económica actual, nuestra Facultad de Derecho no le ha dado la importancia necesaria, y en nuestra formación académica como abogados no recibimos ninguna información al respecto, en cambio otras universidades de la ciudad, que no cuentan con la importancia histórica que tiene la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, desde hace algún tiempo, contemplan en su pensum la materia de Seguros.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Ediciones Librería del Profesional, Editorial Colombia Nueva Ltda., Colombia 1983.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. Los Principales Contratos Civiles. Bogotá. 1989.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Principios Jurídicos del Contrato de Seguros, Editorial Colombo Bogotá. 1994.

DE LA VEGA, Antonio. Derecho de Obligaciones. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá 1986.

DUQUE GOMEZ, José n. Compilación y Extractos del Daño. Primera Edición. Editora Jurídica de Colombia Ltda.. Colombia 2001.

GIRALDO ANGEL, Jaime. Metodología y Técnica de la Investigación Bibliográfica. Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional, Editorial Colombia Nueva Ltda. Bogotá- Colombia 1984.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. Y Otros. Segunda Edición . Editorial MC GRAW HILL. México D.F. 2000.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos. Estructura de la Forma en el Contrato de Seguros. Editorial Temis Bogotá. 1986.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1999.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. Tercera Edición. Dupré Editores. Bogotá 1999.

MARTINEZ RAVÉ, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Novena Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín 1996.

MAZEAUD, Henry y León . Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo 1 Vol. I, II, III. Edición E.J.E.A. Buenos Aires 1961.

OSSA GOMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro, El Contrato. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá 1991.

OSSA GOMEZ, J. Efrén, JARAMILLO JARAMILLO, Carlos. Los Conflictos Bélicos en el Contrato de Seguros. Editorial Temis. 1993.

OLANO VALDERRAMA, Carlos. Tratado Técnico Jurídico Sobre Accidentes de Tránsito de Circulación. Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1998.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. El Contrato de Seguros. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I,II,II,IV. Editorial Temis. Bogotá 1999.

VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. Divagaciones Alrededor del Seguro. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín 2000.

ZULETA HOLGUIN, Francisco. Mecánica Procesal del Contrato de Seguros. Editorial Dintel. Bogotá 1998.